

A ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

*THE MATERIAL OPENING OF THE CATALOG
OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO THE MINIMUM
EXISTENTIAL IN THE BRAZILIAN
CONSTITUTION OF 1988*

Tais Hemann da Rosa¹
UNIFRA

Resumo

Este estudo propõe-se a discutir a chamada cláusula de abertura material dos direitos fundamentais como legitimadora do reconhecimento da existência de direitos fundamentais implícitos. Com fundamento no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal brasileira de 1988, a cláusula de abertura legitima o reconhecimento de direitos fundamentais não expressos na Constituição, dentre estes direitos não-expressos vislumbra-se o mínimo existencial como um direito fundamental implícito. Sob essa lógica, o estudo aqui realizado vincula o reconhecimento do mínimo existencial como direito fundamental no contexto brasileiro a existência de cláusula expressa que o legitima.

Palavras-chave

Constituição. Direitos Fundamentais. Cláusula de Abertura. Mínimo Existencial.

Abstract

This study proposes to discuss the so-called clause of material opening of fundamental rights as legitimating the recognition of the existence of implicit fundamental rights. Based on article 5, paragraph 2 of the Brazilian Federal Constitution of 1988, the opening clause legitimates the recognition of fundamental rights not expressed in the Constitution, among these non-expressed rights the existential minimum is seen as an implicit fundamental right. Under this logic, the study carried out here links the recognition of the

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA) desde 2013. Mestre em Direito (2016), Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, Linha de Pesquisa: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Público (2018) pelo Grupo Verbo Educacional. Contato: taishemann_sb@hotmail.com

existential minimum as a fundamental right in the Brazilian context to the existence of an express clause that legitimizes it.

Keywords

Constitution. Fundamental rights. Opening Clause. Minimum Existential.

INTRODUÇÃO

Estudar a chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais, ou também chamada cláusula de abertura, é estudar a superação do entendimento de que os direitos fundamentais são apenas aqueles direitos reconhecidos nas Constituições formais. Isto é, pressupõe uma análise da Constituição enquanto lógica fundante de uma ordem jurídica, que contém muito mais que um conjunto de regras expressas legitimadoras e organizadoras de um Estado, contém um conjunto de princípios e regras, formais e materiais, expressas e implícitas que devem ser observadas. A cláusula de abertura surge como a pedra fundamental para se observar tal lógica, na medida em que permite, de forma expressa, a verificação da existência de direitos fundamentais não expressos.

Presente em Constituições de diferentes Países, a cláusula de abertura emerge no contexto Constitucional pátrio com a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º da mesma. Tal cláusula dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nestes termos, o art. 5º, §2º da CF/88 propõe o que se pode chamar de verificação de fundamentalidade, em outras tintas, propõe que se verifique o conteúdo dos direitos para caracterização de fundamentais. Isto é, mesmo direitos não expressos no rol de direitos fundamentais da Carta Constitucional de 1988 podem guardar fundamentalidade em seu conteúdo, quando decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma, ou quando decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

O que se verifica diante de tal abertura é que diversos direitos, ainda que não expressos no rol do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal brasileira, podem carregar a característica de direito fundamental implícito perante a lógica constitucional inserida pela Constituição de 1988. É nesse contexto que se observa o chamado mínimo existencial como direito fundamental implícito na Constituição brasileira. Em outras, analisa-se, neste estudo, como decorrência da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais o mínimo existencial como direito fundamental implícito, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988.

1 Cláusula de Abertura (art. 5º, § 2º da CF/88)

O reconhecimento da existência de direitos fundamentais materiais não-escritos pode ser descrito como autêntico princípio constitucional implícito, deduzido diretamente do art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988², que dispõe que “[os] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Já o conceito material de direitos fundamentais na Constituição brasileira pode ser identificado como “toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, [que] deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo”³.

Desse modo, em que pese o Título II da Constituição Federal de 1988 (CF/88) enunciar um extenso catálogo de normas

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 91.

³ Idem p. 91.

jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que representam o que se pode denominar de direitos fundamentais em sentido formal, sistematizados em cinco capítulos, a saber: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos. Para além desses direitos fundamentais em sentido formal, a Constituição Federal brasileira não exclui outros direitos que em decorrência de seu conteúdo substancial (material) mostram-se também fundamentais, mesmo que tais direitos não se encontrem localizados de forma expressa no texto da Constituição.

A inspiração da chamada “cláusula de abertura” constitucional, ou abertura material do catálogo de direitos fundamentais, incluída na ordem brasileira desde a Constituição Republicana de 1891, é a “Constituição dos Estados Unidos da América, que ao receber o aditamento IX (9ª Emenda Constitucional), em 1791, fixou que a enumeração de certos direitos na Constituição não [deveria] ser interpretada como denegação ou diminuição de outros direitos reservados ao povo”⁴. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, tal norma “traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”⁵.

Vale ressaltar que a regra da abertura material da Constituição encontra semelhante formulação em outras constituições. Para exemplificar, pode-se citar algumas Constituições e seus dispositivos sobre o assunto, por exemplo, na Constituição de Portugal, o artigo 16, número 1, dispõe que “Âmbito e sentido dos direitos fundamentais: 1. Os direitos

⁴ PES, João Hélio. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 50.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78-79.

fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”⁶. Já na Argentina, o artigo 33 da Constituição aponta que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”⁷. Na Constituição do Peru, o artigo 3º traz a seguinte disposição: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”⁸. Na Guatemala, o artigo 44 da Constituição discorre que “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”⁹. A Constituição da Venezuela, por sua vez, traz no seu artigo 22 que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos interna-

6 PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível

em:<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acessado em 06 jan. de 2018.

⁷ ARGENTINA, 1994. **Constitución de La Nación Argentina**, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acessado em 06 jan. de 2018.

⁸ PERU, 1993. **Constitución Política Del Perú**. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acessado em: 06 jan. de 2018.

⁹ GUATEMALA, 1993. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Disponível em:

https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf. Acessado em 06 jan. de 2018.

cionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”¹⁰.

Todavía, até recentemente a presença dessa cláusula nas constituições foi pouco observada pela doutrina e jurisprudência. Isto é, sua concretude, ou observância prática, deixou a desejar em razão do predomínio do entendimento de que os direitos fundamentais o são, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas Constituições formais¹¹.

No contexto da Constituição brasileira de 1988 é possível inferir que, apesar de bastante extenso, o rol do Título II não tem caráter taxativo. Pelo contrário, o legislador constituinte adotou um conceito material aberto de direitos fundamentais, que abrange, além daqueles direitos expressamente previstos, outros, não inseridos no catálogo, consagrando a teoria dos direitos implícitos e decorrentes das normas de direitos e garantias fundamentais¹².

2 Implicações da Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais

2.1 Consequência prática 1: Direitos Humanos como Direitos Materialmente Fundamentais

Diante da conjuntura apresentada, surgem algumas consequências práticas desta abertura material do art. 5º, § 2º,

¹⁰ VENEZUELA, 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ConstitucionRBV1999-ES.pdf. Acessado em: 06 jan. de 2018.

¹¹ PES, João Hélio. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 52.

¹² CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CF/88. Uma delas é a admissão de que os direitos humanos positivados em tratados¹³ internacionais, dos quais o Brasil seja signatário¹⁴, podem adquirir *status* de direito fundamental. Ou, como afirma Flávia Piovesan, a Carta Constitucional passa a

¹³ Por “tratado”, de acordo com a Constituição de Viena de 1969, denominada “Lei dos Tratados”, deve ser compreendido “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular” (art. 2º, n.º I, alínea “a”). Sendo sinônimas as expressões “convenção”, “pacto”, “protocolo”, “carta”, “convênio” ou “acordo internacional”. Cf. BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais:** fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

¹⁴ Alessandra Gotti Bontempo destaca que, desde 1988, o Brasil ratificou, dentre outros, os seguintes Tratados internacionais, no âmbito das **Nações Unidas**: “Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28.09.1989); Convenção sobre os Direitos das Crianças (24.09.1990); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (24.01.1992); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (24.01.1992). Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (20.06.2002); Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (28.06.2002); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (27.01.2004); e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente a Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (27.01.2004)”. No âmbito da Organização dos Estados Americanos (**OEA**): “Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20.07.1989); Convenção Americana dos Direitos Humanos (25.09.1992); Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte (13.08.1996); Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) (21.08.1996); e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27.11.1995)”. E, por fim, por meio do Decreto legislativo n. 89, de 03.12.1998, o Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional”. Cf. BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais:** fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, (nota 146) p. 87-88.

atribuir “aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional”¹⁵.

Assim, de uma perspectiva teórica, é possível afirmar que as normas de direitos humanos constantes em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, por seu conteúdo substancial e importância para a concretização dos princípios constitucionais da República, se constituem em normas constitucionais de caráter fundamental em razão da abertura do art. 5º, § 2º da CF/88.

De acordo com Flávia Piovesan compreende-se que “conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia”¹⁶. Seria, segundo a autora, uma “interpretação em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional”¹⁷.

Para Flávia Piovesan o “tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-os dos tratados internacionais comuns”¹⁸. Pois os tratados internacionais comuns buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, “os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”¹⁹. Segundo ela, “poder-se-ia ainda acrescentar o argumento²⁰, sustentado por parte da doutrina publicista, de que os

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52.

¹⁶ *Idem*, p. 64.

¹⁷ *Ibidem*, p. 64.

¹⁸ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹ *Ibidem*, p. 65.

²⁰ “Estes argumentos sustentam a conclusão de que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados. Este sistema misto caracteriza-

tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de caráter técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado *jus cogens*²¹.

Todavia, o entendimento defendido por Flávia Piovesan, e adotado neste estudo, de que as normas constantes em tratados internacionais de direitos humanos, por seu conteúdo e importância, assumem hierarquia de normas constitucionais tendo em vista a abertura do art. 5º, §2º da CF/88, encontra divergência. Após a elaboração da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou ao art. 5º da CF/88 o §3º, com a seguinte disposição: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, o STF por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1, realizado em 03.12.2008, passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia supralegal, estando acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais, salvo os aprovados pelo rito do §3º do art. 5ª da CF/88, que possuem hierarquia constitucional (equivalente às emendas). Contudo, na esteira de Flávia Piovesan, entende-se que a chamada ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, por meio do processo previsto no art. 5º, § 3º, apenas confere a esses uma

se por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro, aplicável aos tratados internacionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º - apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infra-constitucional (art. 102, III, “b” da Carta Maior)”. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

perspectiva formal de observação, pois torna-os emendas constitucionais²².

Deve-se destacar que o art. 5º, § 2º aponta para a não exclusão de direitos materialmente fundamentais. Dessa forma, compreende-se que mesmo àqueles direitos constantes em tratados internacionais que não tenham passado pelo processo de ratificação podem revelar conteúdo substancialmente fundamental, constituindo-se em direitos fundamentais, porém, de cunho material.

Em outras tintas, na esteira de Flávia Piovesan considera-se que “[...] por força do artigo 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade”²³. Pois, de acordo com a autora, “o *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados”²⁴. Nesse contexto, compartilha-se do entendimento da

²² Nesse contexto, conforme Flávia Piovesan, “[...] há que se afastar o entendimento de que, em face do parágrafo 3º do artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. [...]. Na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo e não ser condicionado por ela. Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto que os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação”. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. Entendimento compartilhado por Alessandra Gotti Bontempo In: BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.72.

²⁴ Idem, p. 72.

autora no sentido de que o “dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial”²⁵.

Adiante, Flávia Piovesan esclarece, ainda, que “para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o *quorum* exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do artigo 60, § 2º da Carta de 1988”²⁶. Assim, “os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional”²⁷.

Flávia Piovesan destaca que “com o advento do parágrafo 3º do artigo 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais”²⁸. Ou seja, segundo a autora o cenário que se estabelece é o seguinte: “todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do parágrafo 2º do artigo 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do parágrafo 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal”²⁹.

Nesse contexto, em uma perspectiva que considera os tratados internacionais, é possível apontar, por exemplo, diversos direitos sociais previstos em tratados de direitos humanos que, sob

²⁵ Ibidem, p.73.

²⁶ Ibidem, p.74.

²⁷ Ibidem, p.74.

²⁸ Ibidem, p.75.

²⁹ Ibidem, p.75-76.

ótica do direito constitucional brasileiro, constituem-se em direitos fundamentais, independentemente de estarem fora do Título II da CF/88, funcionando como parâmetros cogentes na definição do conteúdo dos direitos sociais internos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, reconhece diversos direitos sociais, como: o direito à segurança social (art. 22); a legitimidade para exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis (art. 22); o direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego (art. 23, item 1); o direito ao repouso e aos lazeres (art. 24); o direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (art. 25, item 1); e dentre outros, o direito à educação (art. 26). O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, entre outros direitos, reconhece o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida (art. 11, item 1); o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome (art. 11, item 2); o direito de toda pessoa à educação (art. 13, item 1); o direito de todos de participar da vida cultural (art. 15, item 1, alínea “a”). Tais direitos, constantes nos tratados descritos acima revelam consonância com os anseios constitucionais dispostos na Carta de 1988, funcionando como um norte para as políticas públicas destinadas a efetivação dos direitos sociais e estabelecendo prioridades para a destinação dos recursos públicos.

2.2 Consequência prática 2: Direitos Fundamentais implícitos

Outra consequência prática da abertura material da Constituição de 1988, é que o contexto normativo brasileiro admite considerar como direitos fundamentais determinadas situações jurídicas não previstas na Constituição, tampouco nos tratados internacionais, mas que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Assim, os chamados direitos fundamentais não enumerados, ou decorrentes, constituem-se em direitos de fundamentalidade material, ainda que não encontrem acento formal na Constituição.

Para desvendar melhor este aspecto do art. 5º, § 2º da CF/88, necessário que se aborde o significado e alcance de duas expressões: “princípios” e “regime” por ela adotados. Ou seja, prudente que se estabeleça um critério de referência para “princípios” e “regime” adotados pela Constituição. A esse passo, considera-se que tais expressões se referem às disposições contidas no Título I, artigos 1º ao 4º da Constituição Federal, que trata “Dos Princípios Fundamentais”³⁰.

Dessa forma, na avaliação da fundamentalidade de um determinado direito, em razão de sua decorrência dos princípios e regime constitucional, devem ser consideradas as disposições do art. 1º e incisos da CF/88, que define a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político (incisos I, II, III, IV, V e VI do art. 1º). Bem como os objetivos fundamentais da República constantes no art. 3º e incisos da CF/88, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 93.

regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (incisos I, II, III e IV do art. 3º). Em outras palavras, deve-se ter como referência o Título I da CF/88, que além do regime democrático de direito, consagra os fundamentos, os objetivos e os princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, tanto a nível interno, como na esfera das relações internacionais³¹ (art. 4º e incisos).

Importa esclarecer sobre o regime constitucionalmente adotado no Brasil, ou seja, o regime Democrático e Social de Direito. O Estado caracterizado como Democrático de Direito, nos dizeres de José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck insere um novo conceito, buscando aliar o ideal democrático (conquistas democráticas) ao Estado de Direito (garantias jurídicos-legais e preocupação social), preocupando-se com a transformação do *status quo*. Ainda de acordo com esses autores, esse Estado, Democrático de Direito, teria como característica ultrapassar “não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do estado Social de Direito [...] impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”³². Desse modo, para os autores tratar-se-ia de um “*plus* normativo” em relação aos Estados anteriores³³.

Lenio Streck explica que a noção de Estado Democrático de Direito³⁴ estaria ainda indissociavelmente relacionada com a realização dos direitos fundamentais, surgindo dessa associação o chamado *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Para o autor, “[...] mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direi-

³¹ Idem, p. 93.

³² STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 94.

³³ Idem, p. 94.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

to faz uma síntese das fases anteriores”³⁵. Isto é, “[agrega] a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais”³⁶.

Karine da Silva Cordeiro, analisando a perspectiva do Estado brasileiro pós-Constituição de 1988, refere que: “no que toca aos direitos sociais, a afirmação de que o Brasil é um Estado Democrático e *Social* de Direito, hoje, é lugar comum, dispensando maiores comentários”³⁷. Nesse mesmo sentido discorre Ingo Sarlet, apontando que a despeito da ausência de norma expressa no texto constitucional brasileiro indicando ser o Estado brasileiro Social e Democrático “[...] (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisso parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”³⁸. O autor também elenca como fundamentos para a consagração do Estado brasileiro em Estado Democrático e Social de Direito - além dos princípios positivados, como dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, construção de uma sociedade livre, justa e solidária-, a previsão de um vasto rol de direitos fundamentais sociais, que por sua vez, inclui direitos a prestações sociais por parte do Estado³⁹.

Nesse contexto, concorda-se com Ingo Sarlet no sentido de que “somente nessa acepção, as expressões ‘regime’ e ‘princípios’ podem ser inseridas no contexto de um conceito material”⁴⁰,

³⁵ Idem, p.33.

³⁶ Ibidem, p.33.

³⁷ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62.

³⁹ Idem, p. 62.

⁴⁰ Ibidem, p. 94.

sob pena de serem criados novos direitos fundamentais com fundamento nos mais variados princípios que se encontram em diferentes locais da Constituição, em “especial nas diversas (e não são poucas) normas de cunho organizacional e programático, o que certamente conduziria a uma ampliação não muito útil e, certamente, ainda menos desejável do catálogo”⁴¹.

Constata-se, portanto, que os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, são posições jurídicas material e formalmente fundamentais não inclusas no rol de direitos fundamentais do Título II da Constituição. São, todavia, direitos fundamentais deduzidos do regime e dos princípios fundamentais da Constituição constantes no Título I (arts. 1º a 4º) da Carta Magna⁴². Por outro lado, importa lembrar que tais direitos, para que expressem fundamentalidade, também devem guardar a necessária relação de sintonia (importância equiparada) com os direitos do catálogo⁴³.

Diante do exposto, no contexto de direitos decorrentes seria possível conjecturar que a ordem constitucional brasileira considere como direito fundamental social não tipificado, um mínimo necessário à manutenção da vida digna, ou seja, o chamado mínimo existencial, pois este decorre diretamente do compromisso com a dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, CF/88, bem como dos objetivos e fundamentos da nação.

De forma específica caberia enfatizar que, no Brasil, “a garantia de uma existência digna consta no elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), no que a (...) Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919”⁴⁴. Ademais, desde o preâmbulo constitucional, o Estado democrático brasileiro, estabelece como sua destinação assegurar, como valores supremos, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar,

⁴¹ *Ibidem*, p. 94.

⁴² *Ibidem*, p. 94.

⁴³ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 94.

o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Havendo ainda, a consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e a previsão da erradicação da pobreza como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso III, CF/88).

Portanto, inegável a vinculação do mínimo existencial à ordem constitucional brasileira, todavia, ainda que tal vinculação não restasse evidente pelas disposições destacadas acima, a doutrina mais balizada vem enfatizando que o mínimo existencial decorre, também, da proteção à vida e se apresenta como exigência da dignidade da pessoa humana⁴⁵, implicando, dessa forma, em “um complexo de direitos fundamentais que garantam a todos as condições existenciais mínimas para uma vida saudável e que lhes propicie a participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em sociedade”⁴⁶.

Dito de outra forma, diante da abertura material da Constituição, o chamado mínimo existencial⁴⁷ poderia ser

⁴⁵ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

⁴⁶ Idem, p. 106.

⁴⁷ Cabe aqui breve distinção entre o chamado mínimo sociocultural e o mínimo fisiológico ou mínimo vital. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a efetiva garantia de uma existência digna deve ir além da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. De tal modo, assegurar apenas condições materiais mínimas, que impeçam que a sobrevivência do indivíduo seja colocada em risco, pode servir de pretexto para a redução do mínimo essencial precisamente a um mínimo meramente vital. Ainda de acordo com o autor, tomado o mínimo existencial como mero mínimo fisiológico, até mesmo a diferença entre o direito a vida e a dignidade da pessoa humana poderia ser ignorada, negligenciando-se a dimensão sociocultural existente na dignidade da pessoa humana. Sarlet destaca que é a própria dimensão sociocultural da dignidade da pessoa humana, elemento nuclear desta, a ser promovido e respeitado, que fundamenta a necessidade de que prestações básicas em termos de direitos culturais (como a educação básica) estejam abarcadas no mínimo existencial. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista do CEJUR/TJSC:** Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013, p. 37. Diante desse contexto, compreende-se que resguardar as

classificado como um direito fundamental decorrente. Entretanto, conforme se verá a seguir, entende-se que o direito ao mínimo essencial não necessita ser associado, ou ter sua decorrência dos princípios e regime constitucional averiguada. Em outras palavras, considera-se que tal direito constitui-se em verdadeiro direito fundamental implícito e nesta condição, de acordo com as lições de Ingo Sarlet, “desimporta a averiguação de sua decorrência do regime e dos princípios de nossa Carta, na medida em que esta se refere apenas – ao menos segundo o que leva a crer a redação do art. 5º, § 2º, as CF – à categoria dos direitos fundamentais decorrentes”⁴⁸.

Por fim, é possível concluir que a abertura constitucional permite considerar a existência de categorias diferentes de direitos fundamentais materiais. Seriam elas: os direitos previstos em tratados de direitos humanos; os direitos derivados dos princípios e regime adotados pela Constituição. Além disso, os direitos fundamentais de cunho formal não se resignam aqueles expressamente previstos no texto constitucional, existindo para além desses e os chamados direitos implícitos (não escritos, mas subentendidos nas normas de direitos fundamentais).

condições mínimas a sobrevivência do indivíduo (mínimo fisiológico) é simplesmente a preservação da vida humana, direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, e, de tal forma, não se confunde com o mínimo existencial por ora posto em discussão. De outra banda, a garantia de um mínimo existencial vai além do direito fundamental a vida, incluindo a “dignidade de vida”, ou seja, inclui todas as dimensões necessárias a preservação da dignidade. Assim, não se entende possível, diante do contexto constitucional brasileiro já narrado anteriormente, a garantia apenas de um mínimo dos mínimos, mas de um mínimo que garanta a existência do indivíduo enquanto ser humano digno.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed.rev.atual.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

3 Mínimo Existencial na Constituição Federal de 1988

3.1 O Mínimo Existencial como Direito Fundamental implícito

Ainda que não haja uma previsão expressa no texto constitucional de um direito/garantia ao mínimo existencial, pode-se inferir que o amplo rol de direitos sociais a prestações por parte do Estado brasileiro, reforça os lastros de existência de um direito implícito ao mínimo existencial, que se impõe ainda mais diante do dever de viabilização de uma sociedade de bem-estar. Em outras tintas, a existência de previsão expressa de direitos sociais não deve ser interpretada como excludente da condição do mínimo existencial de “direito-garantia fundamental autônomo”, e, tampouco, como fundamento para afastar a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial⁴⁹.

Assim, pode-se deduzir que o mínimo existencial mostra-se verdadeiro direito fundamental implícito, na medida em que, além de conservar por seu conteúdo e dignidade as características da fundamentalidade material (que o aproxima dos direitos decorrentes), engloba posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais integrantes do texto constitucional (Título II da CF/88), tratando-se, dessa forma, de autêntico direito fundamental já reconhecido pelo conjunto de normas de direitos fundamentais, ainda que não expressamente⁵⁰.

De acordo com Ingo Sarlet, importa frisar que a existência de direitos fundamentais implícitos, embora sob certo aspecto, abrangida pela cláusula de abertura constitucional (art. 5º,

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007, p. 184.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

§ 2º, da CF/88), independe desta para existir. Segundo o autor, os direitos fundamentais implícitos têm sua existência indiretamente reconhecida por tal preceito constitucional, todavia, a dedução de direitos implícitos é algo inerente ao sistema, que independe da existência, ou não, de norma permissiva expressa⁵¹.

Apesar de aparentemente a redação do art. 5º, § 2º da CF/88, sugerir que apenas os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios se encontram diretamente vinculados aos princípios fundamentais consagrados no Título I da Constituição, o fato é que tanto os direitos integrantes do catálogo, quanto os que lhe são estranhos (escritos, ou não) guardam relação com tais princípios⁵². No que tange ao direito implícito ao mínimo existencial, ganham relevância, por sua proximidade e interdependência, o princípio da dignidade da pessoa humana, os objetivos da nação de erradicação da pobreza e marginalização, e redução das desigualdades sociais, diante de um Estado democrático e social de direito, pois, evidentemente o direito ao mínimo existencial está contido nestas normas constitucionais, sendo subentendido nelas.

Além disso, deve-se levar em consideração que as normas constitucionais disciplinadas no Título I da Constituição Federal constituem-se em normas disciplinadoras de todo o restante da Constituição. São o que se poderia denominar de fundamento do Regime Republicano e Democrático do Estado de Direito do Brasil, pois o que nelas está contido irradia efeitos em todo o resto da Constituição. Em outras palavras, as normas do Título I são desmembradas nos próprios direitos fundamentais constantes no Título II da Constituição, haja vista que os direitos fundamentais podem ser vistos como a forma com que o legislador constituinte encontrou de viabilizar os compromissos assumidos no Título I. Assim, se apenas estar subentendido nas normas constitucionais que dão forma ao Estado brasileiro (Título I da CF/88) não for suficiente para que se entenda o mínimo existencial

⁵¹ Idem, p. 92.

⁵² Ibidem, p. 94.

como um verdadeiro direito fundamental implícito, pode-se ainda levar em consideração os próprios direitos fundamentais como, por exemplo, o direito fundamental à vida e à igualdade, o direito fundamental social à saúde, à educação, à alimentação, à moradia, ao lazer, a assistência aos desamparados, etc. Todos esses aspectos que envolvem a vida do “Ser”, enquanto humano, quando elevados à categoria de direitos fundamentais, demonstram o compromisso do Estado em assegurar condições de vida digna, condições que garantam um mínimo necessário para o desenvolvimento humano sadio, física e psiquicamente. Ou seja, deixam subentendido que o Estado brasileiro se compromete em assegurar um mínimo necessário a vida digna, o chamado mínimo existencial.

Dito de outra forma, sendo o Estado brasileiro um Estado Democrático e Social de Direito que tem como princípio fundador a dignidade da pessoa humana o direito ao mínimo existencial é extraído justamente desta composição, assim como ocorre no direito germânico.

Reforça esta ideia o entendimento de Eurico Bitencourt Neto sobre o mínimo existencial. O autor destaca que “o direito ao mínimo para uma existência digna, não sendo diretamente estatuído por nenhuma norma jusfundamental, pode ser adstrito a três normas fundamentais: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social”⁵³, pois daí decorre o direito fundamental autônomo ao mínimo existencial. As três normas fundamentais apontadas por Eurico Bitencourt Neto constituem-se em princípios fundamentais da República Brasileira, a dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, inciso III, a solidariedade prevista no art. 3º, inciso I, e a igualdade material prevista pela expressão “redução das desigualdades sociais” no art. 3º, III da CF/88. Dessa forma, considera-se inegável a existência de um direito implícito ao mínimo existencial na ordem constitucional brasileira.

⁵³ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 165-167.

Avançando no debate, é possível afirmar que “[a] categoria do mínimo existencial refere-se à dimensão essencial e inalienável dos direitos da pessoa, inclusive dos direitos que demandam prestações estatais”⁵⁴. De tal modo, entende-se, de forma bastante ampla, porém, não irrestrita, que a garantia de um mínimo indispensável à dignidade de vida em seus variados aspectos - seja ele econômico, pois assegura o desenvolvimento da autonomia do indivíduo, social, pois assegura a inclusão do indivíduo na comunidade à qual pertence e cultural, pois assegura o desenvolvimento intelectual do indivíduo -, no contexto normativo brasileiro, constitui-se em direito fundamental implícito, pois pressuposto indispensável do próprio Estado democrático e social de direito brasileiro.

3.2 Delimitações sobre o Mínimo Existencial

Firmado entendimento pela existência de um direito fundamental implícito ao mínimo essencial à vida digna no contexto brasileiro, cabe agora delimitar o que se compreende, no âmbito desse estudo, por mínimo existencial. Sobre o conteúdo e significação do mínimo existencial, a doutrina nacional, mesmo por vezes seguindo uma fundamentação política e filosófica liberal, há tempos sustenta a existência de um mínimo essencial à vida e a dignidade humana que abarca prestações básicas de direitos culturais, como é o caso da educação fundamental. Embora havendo discordância quanto ao fundamento desse mínimo, não há relevante discussão doutrinária sobre a existência de um mínimo existencial que se limite apenas ao direito à sobrevivência.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, sem um mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem, desaparecendo as condições iniciais de liberdade⁵⁵. Assim, o fundamento de existência do mínimo existencial, para o autor, é

⁵⁴ Idem, p. 233.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

que sua proteção é pré-constitucional, ancorada na ética e fundamentada nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana⁵⁶. Desse modo, a dignidade humana e as condições materiais de existência não poderiam retroceder aquém de um determinado mínimo⁵⁷. No entendimento de Ricardo Lobo Torres, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao próprio mínimo existencial, devendo esse ser considerado em seu duplo aspecto de proteção, a negativa (contra a incidência de tributos sobre direitos sociais mínimos) e a proteção positiva (prestações estatais materiais em favor de pessoas pobres)⁵⁸.

A proposta de Ricardo Lobo Torres é de que “[os] direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade”⁵⁹. A esse passo, em sua concepção, a própria ideia de mínimo existencial coincidiria com a de direitos fundamentais sociais em seu conteúdo essencial⁶⁰. Ou seja, “a afirmação do direito ao mínimo existencial em seu *status positivus libertatis* [apareceria] na CF, nas leis complementares e em inúmeras leis ordinárias”⁶¹. Contudo, o direito ao mínimo existencial careceria de conteúdo específico, entretanto, abrangeria qualquer direito, mesmo que originariamente não fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial⁶². Nesse sentido, para Ricardo Torres Lobo os direitos que compõem de forma positiva o mínimo existencial são o direito à seguridade social, à educação, à moradia e à assistência jurídica⁶³.

Ana Paula de Barcellos, em sua concepção, apresenta pontos de encontro com a delimitação sobre mínimo existencial

⁵⁶ Idem, p. 13.

⁵⁷ Ibidem, p. 36.

⁵⁸ Ibidem, p. 41.

⁵⁹ Ibidem, p. 42.

⁶⁰ Ibidem, p. 42.

⁶¹ Ibidem, p. 244.

⁶² Ibidem, p. 13.

⁶³ Ibidem, p. 244.

proposta por Ricardo Lobo Torres, apontando como componentes do mínimo existencial basicamente os mesmos elementos. A grande diferença entre os autores se dá na fundamentação desse mínimo. Enquanto para Ricardo Lobo Torres o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais coincide com o mínimo existencial (sem excluir outros direitos não-fundamentais, mas que podem compor o mínimo existencial), para Ana Paula de Barcellos o mínimo existencial é o próprio núcleo essencial da dignidade da pessoa humana⁶⁴. Sobre esse aspecto compartilha-se do entendimento de Ingo Sarlet que apresenta uma concepção diferente. Segundo ele os direitos fundamentais sociais não se reduzem a dimensão prestacional, tampouco se limitam ao mínimo existencial⁶⁵. Para esse autor, mesmo não tendo um conteúdo diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou ao mínimo existencial, os direitos fundamentais e os direitos fundamentais sociais não deixam de ter um núcleo essencial⁶⁶. Nesse contexto, o chamado núcleo essencial, em alguns casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos, e, em especial quando se tratam de direitos fundamentais sociais (de cunho prestacional positivo), seu conteúdo essencial pode corresponder à própria garantia do mínimo existencial⁶⁷. Entretanto, em determinadas circunstâncias, esse conteúdo essencial não é o mesmo em cada direito social, devendo, portanto, ser realizada uma contextualização em cada oportunidade para que se extraia alguma consequência jurídica negativa ou positiva dos direitos sociais e de seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado à concretização da dignidade humana⁶⁸.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 292.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013, p. 38.

⁶⁶ *Idem*, p. 38.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 38-39.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 39.

Para Ana Paula de Barcellos, de forma resumida, o chamado mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência⁶⁹. Correspondo, nesse contexto, “a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica”⁷⁰. Dessa forma, para a autora é no princípio da dignidade humana que se funda o mínimo existencial, que em função de sua amplitude, ocupa espaços em dois campos, o do consenso mínimo e o da liberdade democrática⁷¹. Assim, “[ao] lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica”⁷².

Segundo Ana Paula de Barcellos, uma imagem capaz de ilustrar seu entendimento é a de dois círculos concêntricos. O círculo interior representaria o mínimo em dignidade, conforme a opção do constituinte originário (que não se pode afastar e possui efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível). Já o espaço entre o círculo interno e o externo é destinado à deliberação política. Essa deliberação, para além do mínimo existencial, deverá desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas de cada povo⁷³.

Nesse contexto, no exame sistemático da CF/88 Ana Paula de Barcellos identifica, no mesmo sentido de Ricardo Lobo Torres - que aponta como direitos que compõem de forma positiva o mínimo existencial o direito à seguridade social, à educação, à moradia e à assistência jurídica-, que o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 292.

⁷⁰ Idem, p. 292.

⁷¹ Ibidem, p. 295.

⁷² Ibidem, p. 296.

⁷³ Ibidem, p. 296.

Os elementos elencados como integrantes do mínimo existencial seriam: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça⁷⁴. Para a autora, esses quatro pontos corresponderiam ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário⁷⁵.

Na mesma perspectiva defendida por Ingo Sarlet, entende-se que a proposta de Ana Paula de Barcellos mostra-se insuficiente, pois, incluir no mínimo existencial, apenas direitos relacionados à educação básica, à saúde básica, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça, acarreta um fechamento constitucionalmente ilegítimo do acesso à satisfação de outras necessidades essenciais não propriamente ou diretamente relacionadas às demandas elencadas pela autora⁷⁶.

Considera-se que tal crítica se aplica também à proposição de Ricardo Lobo Torres, quando o autor aponta como direitos que compõem de forma positiva o mínimo existencial o direito à seguridade social, à educação, à moradia e à assistência jurídica⁷⁷. Em que pese Ricardo Lobo Torres admitir que o direito ao mínimo existencial careça de conteúdo específico e que, portanto, abrange qualquer direito, mesmo que originariamente não fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial, inalienável e existencial, compreende-se que, de acordo com sua proposta, a vinculação ou correlação dos direitos não-fundamentais aos direitos especificados seria necessária para o reconhecimento de sua dimensão essencial, ou de sua inalienabilidade ou caráter existencial. Assim, a necessidade de correlação a um rol taxativo de direitos, previamente estabelecido, poderia ocasionar, utilizando-se

⁷⁴ Ibidem, p. 302.

⁷⁵ Ibidem, p. 302.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013, p. 39.

⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 244.

da proposta de Ingo Sarlet, um fechamento ilegítimo ao acesso à satisfação de necessidades essenciais não vinculadas a esses direitos.

Cabe destacar ainda o entendimento de Ingo Sarlet sobre o alcance do mínimo existencial. Para o autor, o reconhecimento de um direito ao mínimo existencial (seja na perspectiva mais restrita, próxima a um mínimo vital, ou na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que abrange a inserção social e a participação na vida política e cultural) constitui ao mesmo tempo condição para a democracia e limite desta mesma democracia⁷⁸. Dessa forma, compreende-se que o mínimo existencial no contexto constitucional brasileiro (CF/88) vai além da garantia de um mínimo vital, este relacionado com a garantia constitucional, posta em primeiro plano, do direito à vida e desconectado da concepção de dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial deve ir além, assegurando além do direito básico, e indiscutível, à vida, também o direito à vida com dignidade (também garantia constitucional).

Todavia, a amplitude do conceito de dignidade da pessoa humana deve levar em consideração todas as suas dimensões, seja social, econômica e cultural, com fulcro na manutenção de uma vida saudável (física e psíquica). Desse modo, entende-se que, apesar da inexistência de uma delimitação sobre o conteúdo do mínimo existencial, que, como bem arrazoou Ingo Sarlet, mostra-se problemática, esse se destina a assegurar condições mínimas de dignidade a todos. Devendo, dessa forma, ser interpretado e contextualizado diante de cada caso.

Assim, entende-se que, diante de cada direito fundamental, o conteúdo do mínimo existencial deve ser extraído e interpretado, podendo, ou não, corresponder ao núcleo essencial desse direito ou ao núcleo essencial em dignidade humana. Correspondendo, contudo, a um, ou mais, elementos essenciais, pois concretizadores do direito posto em discussão.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013, p. 40.

A lógica é, portanto, de averiguar a composição do mínimo existencial de uma forma aberta, contextualizada, e jamais de delimitar previamente elementos mínimos comuns a todos os direitos fundamentais.

Compreende-se que a cada direito fundamental, especialmente aos de cunho social, corresponde um rol de elementos (direitos) mínimos que compõe o mínimo essencial à sua concretização, sendo que a aferição deste rol mínimo (que pode corresponder e/ou incluir o núcleo essencial desse direito, ou ir além dele) só pode ser realizada diante da observação de cada caso em particular.

O que se propõe não é uma análise isolada, no sentido de não contextualização com os demais direitos existentes, pois muitos direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais, são complementares entre si, e adquirem conteúdo e significado quando postos lado a lado. O que se cogita aqui é, no entanto, uma análise de quais elementos compõe um determinado direito fundamental, ou seja, de quais elementos tal direito necessita para irradiar seu próprio conteúdo e efeito. Tais elementos constituem o mínimo essencial desse direito.

Cabe destacar que tal perspectiva se afasta do chamado “*The Minimum Core of Economic and Social Rights*” cuja proposta é estabelecer um conteúdo legal mínimo para as reivindicações sobre direitos econômicos e sociais⁷⁹. Ou seja, não se propõe um enxugamento do mínimo essencial ao *minimum core obligation*, ou ao núcleo essencial mínimo desses direitos fundamentais, o que representaria uma perspectiva minimalista do mínimo existencial. Muito pelo contrário, compreende-se que o mínimo existencial não está restrito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, podendo ir muito além desse.

⁷⁹ YOUNG, Katharine G. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. In: **The Yale Journal of International Law**, vol. 33: 113, ano 2008. Disponível em: http://www.yale.edu/yjil/PDFs/vol_33/Young%20Final.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2015. [Tradução livre].

Todavia, concorda-se com Karine da Silva Cordeiro, no sentido de que se deve reconhecer que os subsídios fornecidos pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) na articulação do *minimum core obligation* mostram-se valiosos para nosso sistema. Isso tendo em vista que uma das funções desse Comitê é esclarecer sobre a interpretação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁸⁰, Pacto esse incorporado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591/92. Dessa forma, “considerando que a adesão ao Pacto implica aceitar a interpretação oficial que lhe for dada pelo órgão competente [...], aquilo que o CDESC identifica como *core content* de cada direito ou que situa sob o guarda-chuva do *minimum core obligation* provavelmente integrará o mínimo existencial devido pelos países signatários aos seus cidadãos”⁸¹. O que justifica dizer ainda que, no Brasil, em razão da incorporação do PIDESC, “o *minimum core* deve orientar a judicialização do mínimo existencial no âmbito da jurisdição doméstica, inclusive por referência direta ao Pacto”⁸².

Encaminhando-se para o final, vale ressaltar ainda a perspectiva desenvolvida por Luigi Ferrajoli para responder à pergunta sobre “quais direitos devem ser garantidos como fundamentais?”⁸³. Segundo ele, quatro critérios conexos podem ser apontados: “a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz”⁸⁴. A dignidade da pessoa representaria “[a] diferença e a contraposição entre direitos patrimoniais singulares e direito fundamentais universais e, de reflexo, entre valor relativo e valor intrínseco, entre esfera do disponível ou de mercado e esfera do

⁸⁰ CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 129.

⁸¹ Idem, p. 129-130.

⁸² Ibidem, p. 130.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salin; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori (et.al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 104.

⁸⁴ Idem, p. 104.

indisponível ou da dignidade [...]”⁸⁵. Já a igualdade, na condição princípio complexo, exigiria a proteção das diferenças e a redução das desigualdades⁸⁶. E, por isso, se constituiria tanto no fundamento axiológico quanto lógico, “[...] seja dos direitos de liberdade, que são estabelecidos para a tutela do igual valor das diferenças pessoais, seja dos direitos sociais, que são todos direcionados para a redução das desigualdades materiais e sociais”⁸⁷. O terceiro critério, a tutela dos mais fracos, justifica-se no entendimento do papel dos direitos fundamentais enquanto *lei dos mais fracos*.

Nesse ponto, Luigi Ferrajoli justifica que “[todos] os direitos fundamentais são direitos (e se justificam enquanto) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes”⁸⁸. Segundo o autor vigorariam: “[...] em primeiro lugar o direito à vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade, contra a lei de quem é mais forte politicamente; em terceiro lugar, os direitos sociais, que são os direitos à sobrevivência, contra a lei de quem é mais forte social e economicamente”⁸⁹.

O último critério a ser observado, a paz, seria o produto dos demais critérios, ou seja, segundo Luigi Ferrajoli, “são fundamentais todos aqueles direitos dos quais da garantia depende a paz [...]”⁹⁰. Nessa medida, entende-se perfeitamente possível considerar o mínimo existencial um direito fundamental, seja por estar implícito em diversos direitos fundamentais constitucionalizados, ou por apresentar em sua constituição todos os critérios axiológicos descritos pelo autor.

Além disso, e de modo mais específico no tocante à composição do mínimo existencial, considera-se que um mesmo elemento pode compor o mínimo essencial à concretização de mais

⁸⁵ Ibidem, p. 104.

⁸⁶ Ibidem, p. 105.

⁸⁷ Ibidem, p. 106.

⁸⁸ Ibidem, p. 106.

⁸⁹ Ibidem, p. 106.

⁹⁰ Ibidem, p. 108.

de um direito fundamental, pode também, por outro lado, ser considerado elemento concretizador de apenas um direito fundamental dentre todo do ordenamento jurídico, e nem por isso, poderá ser excluído do mínimo existencial, pois essencial para a concretização daquele determinado direito.

Por fim, o conceito a que se chega sobre o significado e alcance do mínimo existencial é de que este é um direito fundamental implícito de composição aberta, que deve ser preenchida, com um rol de elementos mínimos, diante de cada direito fundamental. Assim, o que “fundamentalmente deve ser assegurado por intermédio da aplicação do princípio do Estado Social é a dignidade humana, fim esse a que a ordem econômica necessariamente deve estar orientada, segundo regra do art. 170 da Constituição”⁹¹. Dessa forma, “até onde a responsabilidade estatal-social para a garantia do mínimo existencial pode levar, isso depende do modelo e da riqueza de *Sociedade* determinada”⁹².

CONCLUSÃO

O art. 5º, § 2º da CF/88 estabelece que “[os] direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Decorrente desse dispositivo extrai-se que a Constituição Federal reconhece e confere legitimidade aos direitos fundamentais de cunho material, sendo que este reconhecimento pode ser descrito como autêntico princípio constitucional implícito nesta norma do art. 5º.

Dessa forma, no âmbito do direito constitucional brasileiro, os caminhos constitucionais convergem para a interpretação de que alguns direitos, mesmo não estando expressamente previstos no texto constitucional, se constituem em verdadeiros direitos

⁹¹ LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais**: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 115.

⁹² Idem, p. 115.

fundamentais. Em outras tintas, em razão de seu “conteúdo e importância” frente à ordem de valores imposta pela Constituição brasileira, alguns direitos revelam a característica da fundamentalidade, adquirindo assim, por meio da cláusula de abertura constitucional (artigo 5º, parágrafo 2º, CF/88) a legitimidade de sua fundamentalidade material perante a Constituição.

A chamada cláusula de abertura visa assegurar a observância e garantia de direitos fundamentais não tipificados, tal dispositivo assegura legitimidade aos direitos fundamentais em razão de seu conteúdo (materialmente fundamentais) frente ao ordenamento constitucional brasileiro. Assim sendo, a ordem constitucional brasileira reconhece como fundamentais, além dos direitos alçados a essa categoria por escolha do legislador constituinte, outros direitos materialmente fundamentais, que podem ser aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (chamados direitos decorrentes), ou direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disso, de forma indireta extrai-se também do art. 5º, §2º da CF/88 o reconhecimento da existência de direitos fundamentais implícitos, na medida em que estes se constituem em direitos que a própria norma constitucional já reconhece, ainda que não de forma expressa. São, portanto, direitos que não se encontram escritos, mas subentendidos. Dessa forma, seu reconhecimento nada mais é que o reconhecimento do que está contido nas normas de direitos fundamentais.

Com fulcro no artigo 5º parágrafo 2º da CF/88 pode-se cogitar, basicamente, três espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (estão ancorados na Constituição e apresentam conteúdo relevante em dignidade); b) direitos apenas materialmente fundamentais (se encontrar fora do catálogo, todavia, por seu conteúdo e relevância podem ser equiparados a estes); c) direitos apenas formalmente fundamentais (estão no catálogo de direitos fundamentais, mas não possuem conteúdo justificador da condição de autênticos direitos fundamentais). A categoria dos direitos implícitos, por sua vez,

deve ser considerada como direitos fundamentais formais, porém, não-escritos, pois aí subjaz o próprio nome.

Assim, a Constituição Federal de 1988 admite direitos fundamentais formais, contidos no catálogo de direitos fundamentais de forma expressa ou implícita e direitos fundamentais materiais, sendo que estes direitos não se encontram previstos no catálogo de direitos fundamentais, todavia, são direitos decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição ou previstos em tratados de direitos humanos.

Por intermédio da cláusula de abertura entende-se que o mínimo existencial - enquanto garantia que vai além do mero mínimo vital, pois alcança a noção de concretização de dignidade da pessoa humana -, é antes de tudo um verdadeiro direito fundamental implícito. Mais especificamente, entende-se que neste caso, está-se diante de uma evolução dos direitos fundamentais sociais, haja vista que este se encontra subentendido tanto no direito básico, e indiscutível, à vida, como também no direito à vida com dignidade, no direito à saúde digna, à educação digna, à moradia digna, ao lazer, e todos os outros direitos sociais.

Desse modo, compreende-se que o direito fundamental implícito ao mínimo existencial encontra-se em todas as normas de direitos fundamentais, pois para a concretização de cada um dos direitos fundamentais expressamente previstos, e em especial dos direitos fundamentais sociais, corresponde um rol de elementos (direitos) mínimos que compõe o mínimo essencial à sua concretização em moldes dignos, sendo que a aferição deste rol mínimo só pode ser realizada diante da observação de cada caso em particular.

Por derradeiro, verifica-se que o mínimo existencial na qualidade de direito fundamental implícito encontra-se subentendido em diferentes normas de direitos fundamentais. A própria extensão e generalidade do conjunto de normas de direitos fundamentais do Título II dá origem à necessidade de interpretação de seus limites e conteúdos mínimos. Todavia, a composição do mínimo existencial deve ser sempre aberta e preenchida diante de cada direito fundamental, pois estabelecer um rol de elementos

mínimos, descrevendo-os como um *mínimo existencial geral e absoluto*, é possivelmente negar a contextualização do mínimo essencial à dignidade em cada momento histórico, ou ainda, é negar a sua contextualização com as demandas sociais as quais o mínimo existencial deve atender.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, 1994. **Constitución de La Nación Argentina**, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acessado em 06 jan. de 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução: Alexandre Salin; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori (et.al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUATEMALA, 1993. **Constitución Política de la República de Guatemala.** Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/gtm/sp_gtm-int-text-const.pdf. Acessado em 06 jan. de 2018.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PERU, 1993. **Constitución Política Del Perú.** Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Acessado em: 06 jan. de 2018.

PES, João Hélio. **A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados.** Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acessado em 06 jan. de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. In: **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 171-231, out./dez., 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; MORAES, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

VENEZUELA, 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Disponível em: http://www.inpsasel.gob.ve/moo_doc/ConstitucionRBV1999-ES.pdf. Acessado em: 06 jan. de 2018.

YOUNG, Katharine G. The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. In: **The Yale Journal of International Law**, vol. 33: 113, ano 2008. Disponível em: http://www.yale.edu/yjil/PDFs/vol_33/Young%20Final.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2015.