

MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL – PROBLEMATIZAÇÃO LIBERALISMO/ESTADO MÍNIMO

Washington Luiz Jr.¹

RESUMO

Desde a Revolução Francesa, existem dois modelos de Estado que, se por um lado não se antagonizam totalmente, também não comungam em pontos comuns, a não ser a ideia de propiciar ao cidadão a sensação de bem estar por via da satisfação de suas necessidades. O Estado, administrador dos recursos necessários à manutenção e entrega dos meios necessários ao bem estar do cidadão, deve priorizar sua aplicação de modo a garantir a existência da pessoa com o mínimo de dignidade. A este parâmetro os doutrinadores entenderam por bem considerar como “Mínimo Existencial”. Este trabalho se destina a análise deste tema.

Palavras-Chave: Estado. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

¹ Graduado em Direito pela UNISUAM (1985). Graduado em Administração de Empresas pela Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO (1993). Professor da Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO e da Universidade Estácio de Sá – UNESA. Sócio de Washington Luiz Junior Advocacia e Consultoria. Contato: wluizjr@gmail.com

**EXISTENTIAL MINIMUM, POSSIBLE RESERVE – PROBLEMATIZATION
LIBERALISM/STATE MINIMUM**

Washington Luiz Jr.

ABSTRACT

Since the French Revolution, there are two models of state; they aren't completely antagonize but also don't share common points, unless the idea of giving citizens the feeling of wellbeing through satisfaction of their needs. The State, administrator of the resources needed to maintain and deliver the resources necessary to the welfare of the citizen, must prioritize their implementation to ensure the existence of the person with a minimum of dignity, that is considered by scholars as "Existential Minimum". This work aims to analyze this issue.

Palavras-chave: State. Existential Minimum. Possible Reserve.

MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL – PROBLEMATIZAÇÃO LIBERALISMO/ESTADO MÍNIMO

Washington Luiz Jr.

1 – INTRODUÇÃO

Os modelos políticos de Estado que se observa hoje em dia, surgem fundamentalmente a partir das adequações históricas as quais se atribui o nome de Revolução Francesa.

A partir daí, surgem dois modelos que se, por um lado não se antagonizam totalmente, também não comungam em pontos comuns, a não ser a ideia de propiciar ao cidadão a sensação de bem estar por via da satisfação de suas necessidades.

Necessidades, ilimitadas; recursos, limitados; o grande paradoxo da Ciência Econômica serve de supedâneo para Carnelutti quando afirma que o fato antes de ser jurídico é econômico.

O Estado na sua roupagem social é o delegatário e administrador dos recursos necessários à manutenção e entrega dos meios necessários ao bem estar, ocorrendo porém que em sendo os recursos escassos e limitados, este deve priorizar a aplicação dos mesmos para garantir a existência da pessoa com o mínimo de dignidade. A este parâmetro os doutrinadores entenderam por bem considerar como “Mínimo Existencial”.

Nada obstante o conceito por si só incerto, os órgãos gestores via de regra não priorizam a orientação do numerário por via de orçamento possibilitando um atendimento suficiente e digno, o que, em virtude do hiato, é cumprido por determinação de Poder diferente daquele que originalmente deveria observar esta responsabilidade.

Este trabalho se destina a observar, ainda que superficialmente, os fatos acima descritos.

2 – ESTADO, CONFIGURAÇÃO TRIPARTIDA, ATRIBUIÇÕES

O Estado, sociedade juridicamente organizada como conhecemos hoje, surge timidamente quando o povo capitaneado pela burguesia questiona a centralização do Poder até então absoluta nas mãos do Soberano, em decorrência via de regra de imposição divina, pois até então a, coroação era efetuada em sua maioria das vezes pelo Papa, representante de Deus na Terra. Este fato como sabemos, deu origem, dentre outras ocorrências concomitantes a Revolução Francesa.

A tripartição dos poderes foi inicialmente idealizada por Aristóteles, em sua obra Política, na Antiguidade Grega. Porém, este estudo só tomou grandes repercussões em meados do século XVI, durante a já citada Revolução Francesa. A teoria Aristotélica vislumbrava as funções distintas que o poder soberano exercia, quais sejam:

- a) a função de editar normas gerais a serem observadas por todos;
- b) a de aplicar as referidas normas ao caso concreto;
- c) e a função de julgar, que visava dirimir os conflitos entre os membros da sociedade.

Aristóteles observava todas estas funções sobre um único poder, sobre as mãos do soberano. Obviamente, isso decorria por conta do momento histórico de sua teorização. O Antigo rei da França, até meados da Revolução Francesa, Luís XIV, trazia consigo uma célebre frase que descreve em palavras certas a teoria de Aristóteles: “L’Etat c’ est moi”, que se traduz como: “o Estado sou eu”, o soberano.

Muito tempo depois, Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, aprimorou a teoria de Aristóteles com uma visão burguesa percussora do Estado liberal. O grande avanço trazido por Montesquieu a este respeito foi dizer que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. A partir daí percebe-se que as funções

não dependem mais de um único poder soberano, mas sim a um órgão competente. A partir desta teoria, cada Poder exercia sua função típica, não sendo mais permitido a um Poder legislar, aplicar leis e julgar, como era visto antes, no absolutismo. Como o passar do tempo, a teoria de Montesquieu foi sendo abrandada. Grande parte dos Estados modernos adotou a “tripartição”, e então, os Poderes passaram a possuir além de suas funções típicas, as funções atípicas. Como exemplo de uma função atípica, podemos supor o Legislativo, que, além de exercer sua função típica, também exerce uma função executiva e outra jurisdicional, ambas atípicas a sua originalidade. Pedro Lenza, em sua obra “Direito Constitucional Esquematizado”, revela que é importante perceber que mesmo no exercício de uma função atípica, o órgão (Poder) exercerá uma função sua, e deixa claro que não haverá o ferimento ao princípio da separação dos Poderes.

Como forma de complementar este entendimento, Lenza traz um quadro onde se tem uma visão panorâmica das funções típicas e alguns exemplos de funções atípicas. Estas colocações serão importantes para entendermos a conclusão do raciocínio ao final.

ÓRGÃO – FUNÇÃO TÍPICA X FUNÇÃO ATÍPICA

LEGISLATIVO

Típica

- Legislar

Atípica

- Fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo.
- Natureza executiva: ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concebendo férias, licenças a servidores etc.
- Natureza jurisdicional: o Senado julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I)

EXECUTIVO

Típica

- Práticas de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração.

Atípica

- Natureza legislativa: O Presidente da República, por exemplo, adota medida provisória, com força de lei (art. 62)

- Natureza jurisdicional: o Executivo julga, apreciando as defesas e recursos administrativos.

JUDICIÁRIO

Típica

- Julgar (função jurisdicional), dizendo o direito no caso concreto e dirimindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei.

Atípica

- Natureza legislativa: regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, "f")

- Natureza executiva: administra, concede licenças e férias aos magistrados e serventuários (art. 96, I, "f")

Mister ressaltar é que se por tratar de poder que emana de uma única fonte há de se entender este poder como uno e portanto indivisível, sendo assim, a tripartição surge como forma de se atribuir especificamente cada uma das funções do Estado a um órgão próprio. O Poder é manifestado através dos órgãos que exercem funções. Um Poder só poderá exercer a função típica de outro Poder quando houver expressa previsão, porém o que se percebe hodiernamente é a possibilidade de um dos poderes cumprir a finalidade de outro, como na prestação de tutelas judiciais quando da necessidade de assistência médica ou fornecimento de remédios, o que deveria ser suprido por força de previsão orçamentária do Poder Executivo.

Cite-se também o recente caso do julgamento no STF sobre o abortamento de anencéfalos.

Tais considerações iniciais se fazem necessárias em função dos desdobramentos a serem analisados no presente estudo, onde, mais adiante se demonstrará que a ideia de reserva do possível, inexata em sua acepção, passa necessariamente pelo julgamento subjetivo do Estado via de regra em sua função Executiva, sendo disposta de forma “justa” e adequada, quando provocado, pelo Estado em sua função Judiciária.

3 – DIREITOS HUMANOS

Tendo em vista a aproximação dos direitos humanos e direitos fundamentais, o que por via reflexa nos levará a apreciação do conceito de mínimo existencial, indicamos estudo realizado pelo Professor Doutor Joaquim Humberto Coelho de Oliveira, onde o mesmo sintetiza as três fases dos direitos humanos na visão de Norberto Bobbio.

Estas três fases dos Direitos Humanos são:

a) 1ª FASE: Os Direitos do Homem como direitos naturais universais (universalidade sem positividade). O apogeu do jusnaturalismo como teoria dos direitos humanos. “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (primeiras palavras da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

- As declarações de direitos humanos surgem como teorias filosóficas (BOBBIO, 1992, pp. 28-29). A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista. (pp. 73-74)

- Para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – a filosofia de J. Locke partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à

propriedade e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas”. (p. 73)

- “O homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro”. (p. 74)

- Esse direito se explica pelo direito à propriedade, pois todo indivíduo tem o direito de exercer livremente a sua autoridade sobre a sua propriedade. A propriedade é o domínio onde o indivíduo exerce a sua liberdade, isto é, onde o indivíduo exerce a sua vontade sem a intromissão ou constrangimento da vontade alheia.

- Para a análise sociológica, a hipótese racional do estado de natureza atende as exigências históricas das lutas contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados.

- “A hipótese do estado de natureza – enquanto estado pré-estatal e, em alguns escritores, até mesmo pré-social – era uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar determinadas exigências que iam se ampliando cada vez mais: num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença, e, num segundo momento, na época que vai da Revolução Inglesa à Norte-Americana e à Francesa, houve demanda de liberdades civis contra toda forma de despotismo.” (p. 74)

b) 2ª FASE: Os Direitos do Homem como direitos positivos nacionais (Positividade sem universalidade). O início do declínio do jusnaturalismo como justificativa ou argumento para a universalidade dos direitos humanos. (pp. 29-30)

- As teorias filosóficas são acolhidas pela primeira vez pelo legislador. As declarações de direitos dos Estados Unidos e da Revolução Francesa convertem os direitos naturais dos homens em direitos positivos dos homens.

- Os direitos humanos são declarados como direitos dos cidadãos nacionais.

- “Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece”. (p. 30)

- Há um nítido enfraquecimento da justificativa jusnaturalista da existência dos direitos naturais ou morais absolutos e da sua correspondente obrigatoriedade moral. “Do ponto de vista do ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo”. (p.80)

- Do ponto de vista do ordenamento jurídico, os direitos naturais ou os ordenamentos normativos naturais ou morais, não são propriamente direitos, porque não têm como correlato a figura da obrigação ou do dever. Somente o ordenamento normativo de leis positivas impõe uma obrigação cuja fonte é uma autoridade munida de força coativa. No uso corrente da linguagem, um direito tem sempre como contrapartida uma obrigação (p. 80). As obrigações sem direito correspondem a obrigações de beneficência, própria dos atos de caridade. Nesse caso, o sujeito de direito não era o beneficiário, mas os titulares de um direito seriam aqueles para com os quais teríamos obrigações, no caso, Deus, a nossa própria consciência ou mesmo a pressão social, ficando a escolha ao encargo das várias teorias da moral. (p. 80)

- Desse ponto de vista, os direitos sociais por não identificarem quem está obrigado a cumpri-los, também não são direitos no sentido forte, mas são meros direitos programáticos, a virem um dia se realizar, que requerem apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política (pp.77-78).

- De acordo com esse ponto de vista, somente os direitos positivos são direitos autênticos porque geram obrigações, isto é, identificam quem tem o dever de garanti-los e, portanto, a quem recorrer para reivindicá-los, no caso, o Estado. Em apoio a essa crítica citamos alguns exemplos: antes que as

mulheres obtivessem, nas várias legislações positivas, o direito de votar, será que se podia corretamente falar de um direito natural ou moral das mulheres a votar, quando as razões pelas quais não se reconhecia esse direito ou eram naturais (as mulheres não são, por natureza, independentes), ou morais (as mulheres são muito passionais para poderem expressar sua opinião sobre uma lei que deve ser motivada racionalmente?). (p. 81)

- “Os direitos do homem experimentam historicamente a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais.” (p. 81)

- 3ª FASE: Os direitos do homem como direitos positivos universais. (universalidade com positividade). O jusnaturalismo se vê agora criticado não somente pela afirmação dos sistemas normativos de leis positivas, mas também pela característica dos direitos sociais ou de segunda geração contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

- A afirmação dos direitos é ao mesmo tempo universal e positiva: “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (p. 30). “A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas” (p. 31)

- As exigências impostas pelos direitos sociais, presentes na Declaração, surgem de um contexto histórico diferente daquele onde surgem as dos direitos de liberdade, justificadas pelo jusnaturalismo de J. Locke. Os direitos sociais, como o direito à instrução, “não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades (...) eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados” (p. 75)

- Os direitos sociais revelam de imediato a sua não-naturalidade ou a sua socialidade. “Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas, quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade (...). Para darmos um exemplo de grande atualidade, a exigência de uma maior proteção dos velhos jamais teria podido nascer se não tivesse ocorrido o aumento não só do número de velhos, mas também de sua longevidade, dois efeitos de modificações ocorridas nas relações sociais e resultantes do progresso da medicina. E o que dizer dos movimentos ecológicos e das exigências de uma maior proteção da natureza (...)” (p. 76)

- “A proteção dos direitos sociais requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social.” (p. 72). A filosofia jusnaturalista de John Locke, que influenciou as primeiras declarações de direitos humanos como direitos de liberdade, justifica apenas um Estado mínimo e não o Estado social.

- A Declaração de 1948 é apenas o momento inicial da fase final de um processo, o da conversão universal em direito positivo dos direitos do homem, pois ainda lidamos com dificuldades ali previstas, principalmente em relação à tutela ou garantia dos Direitos Humanos (pp. 39-44 e 77- 78)

* Dificuldades jurídico-políticas na promoção, controle e garantia dos Direitos Humanos (pp. 38-41)

- “Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção?” Recorrer à comunidade internacional? Mas essa se mostra ineficiente, pois nela ainda não ocorreu a monopolização da força, como nos Estados modernos (p. 32)

- “No sistema internacional, tal como ele existe atualmente, inexistem algumas condições necessárias para que possa ocorrer a passagem

dos direitos em sentido fraco para direitos em sentido forte: a) a de que o reconhecimento e a proteção de pretensões ou exigências contidas nas Declarações provenientes de órgãos e agências do sistema internacional sejam consideradas condições necessárias para que um Estado possa pertencer à comunidade internacional; b) a existência, no sistema internacional, de um poder comum suficientemente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados”. (p. 82)

- Diante dessa fragilidade do sistema internacional, Bobbio afirma que “a esmagadora maioria de normas sobre os direitos do homem, tais como as que emanam de órgãos internacionais, não são sequer normas programáticas, com o são as normas de uma Constituição nacional relativas aos direitos sociais”. (p. 78)

- Os direitos do homem experimentaram historicamente a passagem de um sistema de direitos em sentido fraco, na medida em que estavam inseridos em códigos de normas naturais ou morais, para um sistema de direitos em sentido forte, como o são os sistemas jurídicos dos Estados nacionais. E hoje, através das várias cartas de direitos promulgadas em fóruns internacionais, ocorreu a passagem inversa, ou seja, de um sistema mais forte, como o nacional não despótico, para um sistema mais fraco, como o internacional, onde os direitos proclamados são sustentados, quase que exclusivamente pela pressão social, como ocorre habitualmente no caso dos códigos morais, e são repetidamente violados, sem que as violações sejam, na maioria dos casos, punidas, sofrendo uma outra sanção que não a moral”. (p. 82)

As cartas enunciadas nos fóruns internacionais não são propriamente cartas de direitos, como as que servem de premissa às Constituições nacionais a partir do final do século XVIII (...). Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que dever ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas,

em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção. (pp. 82-83)

* Dificuldades inerentes ao próprio conteúdo dos Direitos Humanos (pp. 41-44)

- Devido à compreensão da historicidade da DUDH/48, se faz necessário atualizar continuamente, através de documentos complementares, o conteúdo da Declaração em relação à quantidade e qualidade dos direitos elencados: o desenvolvimento dos direitos humanos passou por três fases, não necessariamente compatíveis entre si (pp. 32-33).

a) Direitos de Liberdade ou Direitos de liberdade em relação ao Estado: neste caso a liberdade é concebida negativamente como não-impedimento.

b) Direitos Políticos ou Direitos de liberdade no Estado: a liberdade, neste caso, é concebida positivamente como autonomia.

c) Direitos Sociais ou Direitos de liberdade através ou por meio do Estado.

- Os direitos do homem, a partir do momento que incluíram além dos direitos de liberdade também os direitos sociais, mostram-se incompatíveis, ou seja, apresentam “direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros” (p. 43). Essa incompatibilidade se dá entre liberdades (direitos que são garantidos quando o Estado não intervém) e poderes (direitos que exigem uma intervenção do Estado para a sua efetivação). Exemplo banal da incompatibilidade entre liberdades e poderes: o aumento do poder de comprar automóveis diminui a liberdade de circulação. Outro exemplo: a extensão do direito social de ir à escola até os catorze anos suprimiu, na Itália, a liberdade de escolher um tipo de escola e não outro. (pp. 43-44)

Essa distinção entre dois tipos de direitos humanos se reflete também no plano teórico pelo fato de se oporem duas concepções diversas dos direitos humanos, a liberal e a socialista.

4 – ESTADO DE NATUREZA – DOS FINS DA SOCIEDADE POLÍTICA E DO GOVERNO

Para fins de entendimento sobre a evolução dos conceitos analisados ante a postura dos Estados ditos Sociais, mister citar John Locke, em seu “Segundo Tratado Sobre o Governo”, estabelece o importantíssimo conceito de “estado de natureza”, o qual passamos a observar para posteriormente discernir sobre o mínimo existencial.

Segundo Locke:

“Para compreender corretamente o poder político e traçar o curso de sua primeira instituição, é preciso que examinemos a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade. Um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse

destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.”

No estado de natureza o homem é servo e senhor de si mesmo, “dono e senhor da sua própria pessoa e de suas posses, e a ninguém sujeito” (J. Locke, p. 92).

Isto nos leva a crer que o homem em seu estado de natureza não se subordina ou se sujeita a outro, que todo o poder que deste emana rege a sua vontade podendo livremente dispor sobre os seus bens e seus direitos, sem depender da vontade de outrem, porém, esta situação estabelece uma condição de igualdade entre os homens que deve ser respeitada.

Aduz ainda:

“O judicioso Hooker – Richard Hooker (1554?-1600) autor de “As Leis da Política e Eclesiástica” – considera esta igualdade natural dos homens como tão evidente em si mesma e fora de dúvida, que fundamenta sobre ela a obrigação que têm de se amarem mutuamente, sobre a qual ele baseia os deveres que uns têm para com os outros e de onde ele extrai os grandes preceitos da justiça e da caridade. Ele diz: ‘O mesmo convite da natureza levou os homens a reconhecer seu dever, tanto no amor ao próximo quanto no amor a si mesmo, pois deve ser aplicada uma medida comum a todas as coisas iguais. Se não posso me impedir de desejar que me façam o bem, se espero mesmo que todos ajam assim para comigo na medida dos desejos mais exigentes que um homem possa formular para si mesmo, como pretenderia obter satisfação, ainda que em parte, sem

buscar por meu lado tentar satisfazer nos outros o mesmo desejo, por que eles compartilham sem dúvida da mesma fraqueza e da mesma natureza? Tudo o que lhes fosse oferecido desprezando este desejo forçosamente iria feri-los tanto quanto a mim. Portanto, se pratico o mal, devo esperar sofrer, pois os outros não têm motivo para me dedicar um amor maior que aquele que lhes demonstro. Meu desejo de ser amado em toda a dimensão do possível por meus iguais naturais me impõe a obrigação natural de lhes dedicar plenamente a mesma afeição. Ninguém ignora os diferentes preceitos e cânones para a direção da vida, que a razão natural extraiu desta relação de igualdade que existe entre nós mesmos e aqueles que são como nós' (Eccl. Pol., liv. 1)."

No texto o autor demonstra uma preocupação com a reciprocidade das atitudes na prevenção dos fatos que anteriormente de deterem características de jurídicos, são econômicos, e que a sua resolução antes de ser entregue ao direito, encontra uma solução moral (Dos Fins da Sociedade Política e do Governo). Mais adiante, afirma:

"Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente,

nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planeja se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade.”

E finalmente aduz:

“Mas, embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira, cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir a cada um sua propriedade, remediando aqueles três defeitos acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante. Seja quem for que detenha o poder legislativo, ou o poder supremo, de uma comunidade civil, deve governar através de leis estabelecidas e permanentes, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos

improvisados; por juízes imparciais e íntegros, que irão decidir as controvérsias conforme estas leis; e só deve empregar a força da comunidade, em seu interior, para assegurar a aplicação destas leis, e, no exterior, para prevenir ou reparar as agressões do estrangeiro, pondo a comunidade ao abrigo das usurpações e da invasão. E tudo isso não deve visar outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo.”

Ou seja: por que o homem, gozando um status de liberdade, senhor e servo de si, abriria mão, entregaria a sua direção a poder executivo externo a sua vontade direta na condução de sua vida?

Locke responde a este questionamento de forma direta quando nos leva a pensar que, em desdobramento lógico, a de se entender que embora o estado de natureza de direitos ao homem tais direitos – liberdade, senhor de sua própria pessoa e de suas posses – sua fruição é incerta na medida em que os outros homens são tão “reis quanto ele” (p. 92), e que estes, na sua maioria são pouco observadores dos critérios de equidade e de justiça, revelando uma condição pouco segura e arriscada do desfrute da propriedade.

Informa que o motivo principal do homem aceitar um governo comum é a preservação da propriedade contra incursões, invasões e atitudes arbitrárias. Há de se entender, que denomina de propriedade, o patrimônio natural – e portanto fundamental – do homem.

Ao abrir mão de seu estado de liberdade (natural) entrega ao governo comum a possibilidade de determinar as regras básicas (abstratas e genéricas) de conduta (via de regra sob pena de coerção) e em contraposição se coloca em posição de exigir a proteção e o direcionamento para que as suas necessidades mínimas sejam atendidas.

5 – MÍNIMO EXISTENCIAL

O conceito de mínimo existencial, por si só é um conceito jurídico indeterminado.

Não se pode estabelecer o mínimo para a sobrevivência de um homem, não obstante as peculiaridades e conjunturas a que o mesmo eventualmente está sujeito em razão de contingências físicas, geográficas, históricas, culturais, ligadas ao seu credo, etc.

Não há que se confundir o critério de mínimo com pressupostos de sobrevivência sob pena de ofensa ao princípio da dignidade humana, não se olvidando no caso do Brasil, este constituiu preceito basilar da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III da CRFB.

Tendo em vista a escurreita ligação da idéia de dignidade humana com os pressupostos de sobrevivência, estabelecer mínimo para a existência do homem fere e macula todos os preceitos decorrentes.

A partir desta realidade, muitos Estados optaram pela condição de Estado Social. Como exemplo, cite-se a escolha feita pela Federação Brasileira, de um Estado Social, conforme Preâmbulo da já citada Carta Maior, o que por si só determina a responsabilidade do Estado na manutenção e direção (transferência dos direitos de liberdade e gestão patrimonial do estado de natureza ao poder executivo comum) dos seus cidadãos.

Nada obstante esta visão direta existem outros parâmetros para o estabelecimento da ideia de mínimo existencial.

No campo dos direitos fundamentais, o mínimo existencial é o agrupamento de bens e utilidades imprescindíveis à existência humana digna. Há discordância no que tange ao núcleo de direitos abrangidos pelo mínimo existencial. Para Luis Roberto Barroso, o mínimo existencial se configura num tripé: saúde, educação e moradia (direitos garantidos na Constituição Federal).

Para Ricardo Lobo Torres, a variação do conteúdo do mínimo existencial ocorre de acordo com cada sociedade, com enfoque nas peculiaridades, necessidades ou anseios do contexto histórico da época.

O mínimo existencial encontra-se no âmbito do princípio da máxima efetividade do núcleo reduzido de direitos sociais escolhidos, logo, não é viável

serem preteridos pela reserva do possível. Por este motivo, é plausível assegurar uma meta prioritária na elaboração do orçamento público, isso porque deve ser finalidade do Poder Público não se eximir das obrigações estipuladas, implementando políticas públicas como estratégia de garantir a execução do mínimo existencial.

6 – RESERVA DO POSSÍVEL – O MÁXIMO DO POSSÍVEL – O MÁXIMO DOS RECURSOS DISPONÍVEIS

Conforme German J. Bidart Campos, em sua “El Orden Socioeconomico en la Constitucion”, em seu Capítulo XXXVIII, com o título “El Maximo de Los Recursos Disponibles”:

“Son muchas las normas internacionales que en materia de derechos humanos y com especial referencia a los derechos económicos, sociales e culturales, señalan su promocion progressiva y obligan al estado que se hace parte de los tratados a lograr-la hasta el máximo de los recursos disponibles.”

E cita para abalizar a sua afirmação os textos do pacto de San José de Costa Rica, e da Convencion sobre Derechos del Niño, dentre outros.

Afirma que a fórmula “hasta el máximo de los recursos disponibles” nada obstante parecer em um primeiro momento uma disposição que concede a possibilidade dos Estados dispor discricionariamente de ampla parte dos recursos disponíveis, na verdade pode ser interpretado, como o efetivamente fazem estes, como “cada estado fijará a su arbitrio cuáles son los recursos que destina a los derechos sociales como máximo, y atenderá a ellos sólo dentro de esse limite.”

O que temos que compreender, conforme o texto é a noção inequívoca de que os direitos sociais são direitos humanos, e como tais, gozam

de uma prioridade imperativa que implica em destinar o máximo de recursos possíveis para a satisfação das necessidades.

A grande dissonância é a determinação objetiva do valor que seria o necessário para a satisfação destas necessidades, uma vez que este seria decorrente do conceito incerto de mínimo existencial.

Como cabe ao Poder Executivo, em sua discricionariedade, determinar as prioridades da aplicabilidade das receitas, por vezes esta priorização não obedece aos valores sociais e são destinados a satisfação de outras obrigações tais como a dívida externa, como indica o citado autor em seu texto (p. 344).

O autor ainda indica, que estas obrigações, quais sejam a alocação dos recursos necessários a satisfação dos direitos sociais devem ser consideradas obrigações de resultados uma vez que o resultado que se visa obter é a efetivação destes mesmos direitos.

Portanto, há de se entender o conceito de máximo recurso disponível como aqueles capazes e necessários não só de atender as necessidades bem como capazes de promover o desenvolvimento social. Estes gastos por assim dizer dever ser priorizados, constar “de la cabecera del gasto publico”.

É lapidar quando afirma que:

“el estado tiene el deber de destinar a las necesidades propias de los derechos sociales un máximo suficiente de recursos dentro de la disponibilidad del gasto público (obligacion de medio) para para hacer posible e efectivo, em esa misma medidade máxima, el desarrollo progresivo de los derechos sociales (obligacion de resultado)”.

Ou seja, o máximo de recursos que disponha o Estado para o desenvolvimento social, e por via reflexa para que supra as necessidades

básicas dos cidadãos, não pode ficar ao critério deste sem que o mesmo priorize esta satisfação efetiva. Tem que atender os critérios de direitos fundamentais, ligados principalmente a dignidade humana, e portanto, não se pode disponibilizar tendo a idéia de máximo para suprir o mínimo.

Não se percebe hodiernamente nenhum sistema político ou econômico que seja eficaz no que tange a necessária equalização entre o máximo (recursos) e o mínimo (existencial) porém, qualquer que seja, ou ser pensado, deverá necessariamente equacionar a observância da efetivação dos direitos fundamentais, e que levará por via de consequência a erradicação da extrema pobreza (miserabilidade).

A ausência de implantação de um sistema ineficaz de observância e desenvolvimento de direitos sociais favorece a ocorrência de repercussões graves, tais como instabilidade nas relações jurídicas, eventualmente atos de terrorismo e guerrilhas, instabilidade política, e eventualmente o surgimento de “salvadores” com discursos que apresentam soluções milagrosas, o que ao decorrer de tempo razoável só servirá de terreno fértil para novos colapsos.

A nova ordem internacional tem efetuado, bem como positivado, propostas que visam estabelecer o preceito do máximo de recursos disponíveis, não como um critério subjetivo dos Estados, sem priorização dos direitos sócias, porém com a preocupação de zelo e observação dos direitos humanos e portanto fundamentais inerentes ao ser humano.

Como conclusão, lapidar a sentença de Bidart Campos (p. 350):

“No puede ser esse máximo un remanente o resíduo que quede como sobranje después de anteponerle otras prioridades, seleccionadas por puros criterios de conveniencia financiera o fiscal, o de políticas evaluadas solamente por las técnicas económicas.”

7 – PROBLEMATIZAÇÃO: LIBERALISMO/ESTADO MÍNIMO E DIREITOS SOCIAIS

Da Revolução Francesa e seu lema norteador dispendo sobre três valores fundamentais, surgiram duas grandes linhas de pensamento político.

Da igualdade, fraternidade e liberdade, aparentemente a fraternidade (solidariedade) vem a reboque da igualdade e segue em seu rumo incansável a tentar alcançar a liberdade.

O partido dos liberais se apropria da ideia de liberdade, traduzindo-a sob a forma de liberdade individual ao mesmo tempo em que o partido socialista desenvolve a ideia de igualdade ligada aos direitos coletivos, econômicos e sociais.

Dentro deste contexto, o liberalismo se desenvolve no sentido de que o homem, de posse de sua propriedade (e todo homem tem propriedade, ainda que seja apenas uma: a sua força de trabalho) detém a condição fundamental para o seu desenvolvimento em sociedade, sendo certo que o Estado neste contexto deverá promover tão somente os serviços estruturais, tendo como paradigma o funcionamento de uma feira livre, onde as pessoas de per si providenciam as mercadorias a serem vendidas, apregoam estas suas mercadorias, esperando que o mercado (lei da oferta e da procura) estabeleça parâmetro de preços.

O estado liberal diz respeito a uma situação de *laissez faire*, onde do ponto de vista econômico o mercado se regula pela mão invisível (Adam Smith).

Do ponto de vista jurídico, o Estado Liberal importa em afirmar em um estado mínimo, onde os serviços e assistências que objetivam os direitos sociais são inexistentes. O Estado nesta ótica incentiva a livre concorrência e a livre iniciativa.

Seu ápice reside na liberdade individual, porém esta liberdade extremada implica na necessidade do homem providenciar a satisfação de

seus direitos e aspirações, sem uma entrega direta destas prestações pelo Estado.

Este modelo propiciou o surgimento do modelo capitalista, com as recentes crises financeiras mundiais.

Mas, ao contrário do que se poderia supor em um primeiro momento eis que as ideias surgiram de um mesmo movimento revolucionário, a liberdade e a igualdade não convivem harmoniosamente.

No Estado social, este providencia os recursos e serviços necessários para a manutenção da vida de seus cidadãos, porém como visto anteriormente, a equação a ser resolvida para que se entregue satisfação com dignidade, haja vista princípios como o da dignidade humana, são por vezes irresolvíveis.

O equacionamento entre o mínimo existencial e a reserva do possível surge neste contexto.

A doutrina socialista propiciou o surgimento dos Estados Totalitários, cabendo ressaltar que o séc. XX foi o grande palco temporal da disputa ideológica liberdade x igualdade.

Cumprе ressaltar que a terceira via, o caminho do meio: Fraternidade, eventualmente poderia propiciar bom fundamento para uma Doutrina alternativa que pudesse unir o melhor dos dois mundos.

8 – CONCLUSÃO

O homem quando abriu mão de seu estado de natureza, com a consequente liberdade que este lhe autorizava, em troca de proteção de “reis em face de reis”, entregou ao Estado a possibilidade de mensurar as reservas para a satisfação de suas necessidades.

Nada obstante, há de se concluir ainda que no Brasil, o fato do Executivo não equalizar satisfatoriamente os critérios quantitativos de estipulação da reserva do possível, os cidadãos, em busca da satisfação de seus direitos transferem para o Judiciário a expectativa, na medida em que

recorrem ao Estado por via deste Órgão, para fins de apreciação de suas pretensões resistidas no que tange as suas necessidades “mínimas”, e para tanto se transcreve:

Processo: STA 328 PR

Relator(a): Min. MIN. CEZAR PELUSO (Presidente)

Julgamento: 24/06/2010

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010 EMENT VOL-02410-01PP-00001

Parte(s):

UNIÃO

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

Ementa:

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS.

Fornecimento de medicamento. Concessão a pacientes usuários do SUS, residentes nos municípios da seção judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao Sistema. Tutela antecipada para esse fim.

Impugnação sob alegação de decisão genérica. Improcedência. Especificações suficientes. Não ocorrência de lesão à saúde, nem à economia públicas.

Suspensão indeferida. Agravo improvido. Para efeito de suspensão de antecipação de tutela, não constitui decisão genérica a que determina fornecimento de medicamentos a pacientes usuários do SUS, residentes nos municípios da comarca ou da seção judiciária, mediante prescrição expedida por médico vinculado ao Sistema único de Saúde - SUS.

Processo: STA 278 AL

Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente)

Julgamento: 17/03/2010

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01PP-00142

Parte(s):

ESTADO DE ALAGOAS

PGE-AL - MARCOS SAVALL E OUTRO(A/S)

PGE-AL - RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

MARIA DE LOURDES DA SILVA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE ALAGOAS

Ementa:

Suspensão de Tutela Antecipada. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Rituximabe (Mabthera). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.