

## ENTRE O DIREITO SUBJETIVO E O MÍNIMO EXISTENCIAL: UM APORTE EM ALF ROSS E DANIEL SARMENTO

### BETWEEN THE SUBJECTIVE RIGHT AND THE EXISTENTIAL MINIMUM: A CONTRIBUTION FROM ALF ROSS AND DANIEL SARMENTO

Jordana Asfora Paixão<sup>1</sup>  
Leonardo Oliveira Freire<sup>2</sup>  
Edgar Meira Pires de Azevedo<sup>3</sup>

**RESUMO:** O direito subjetivo e o mínimo existencial são conceitos de direitos abstratos que necessitam de parâmetros para serem exigidos e cumpridos. Em razão disso, este artigo busca trazer percepções jurídicas, a partir de Alf Ross e Daniel Sarmento, que possivelmente forneçam caminhos a serem percorridos a fim da concretização de tais direitos. O princípio da liberdade aparece em ambos os juristas. A pesquisa baseia-se em bibliografia especializada sobre o tema, obras doutrinárias, sites, normas, a fim de analisar os conceitos na vida prática quanto ao cumprimento dos direitos em epígrafe. Nesse sentido, nota-se que as percepções de cada doutrinador variam de acordo com o ângulo em que o direito questionado é observado e exigido para uma condição material básica de vida.

**Palavras-Chave:** Direito subjetivo. Mínimo existencial. Liberdade. Efetivação. Condição material básica de vida.

2186

**ABSTRACT:** The subjective right and the existential minimum are abstract rights concepts that need parameters to be demanded and fulfilled. Because of this, this article seeks to bring legal perceptions, based on Alf Ross and Daniel Sarmento, that may possibly provide paths to be followed in order to realize such rights. The principle of freedom appears in both jurists. The research is based on specialized bibliography on the theme, doctrinal works, websites, and norms, in order to analyze the concepts in practical life regarding the fulfillment of the rights in question. In this sense, it is noted that the perceptions of each jurist vary according to the angle in which the questioned right is observed and required for a basic material condition of life.

**Keywords:** Subjective right. Existential minimum. Freedom. Enforcement. Basic material condition of life.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Direito (UNI/RN). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Id Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1967-6097>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Faculdade de Natal – FAL. Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Id. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6688-8538>.

<sup>3</sup> Graduado em Direito pela Universidade Potiguar (UNP). Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (UNP). Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Servidor Público estadual (TJRN). Id. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6131-1687>.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa buscar, por meio de ampla pesquisa bibliográfica, possíveis esclarecimentos acerca dos conceitos de direito subjetivo e mínimo existencial que, em certa medida, misturam-se, pois abrangem valores e parâmetros diversos para o seu efetivo cumprimento.

Diante do cenário delicado em que a população brasileira vive, em especial, no que se refere à miséria, à fome, à inacessibilidade de água e condições básicas de saúde, ao nosso ver, premissas básicas de sobrevivência, inquieta-se o conceito de ambos os institutos para sua efetivação.

A leitura da obra de Alf Ross trouxe parâmetros acerca de que ponto de partida começar a buscar a realização do direito. Por sua vez, Daniel Sarmento pondera a influência do contexto sociocultural no fornecimento do mínimo existencial. Ambos os autores falam em liberdade, de modo que se faz relevante também analisá-la de vários pontos de vista.

Verifica-se que a matéria é debatida no mundo jurídico, na busca da eficiência mais adequada. No Brasil, o professor Ricardo Lobo Torres trouxe o estudo acerca do mínimo existencial. A jurisprudência, igualmente, aceita a ideia de promoção do mínimo existencial, fundamentalmente ligado ao dever do Estado.

Desse modo, o diálogo entre o direito subjetivo, de Alf Ross, e o mínimo existencial, de Daniel Sarmento busca compreender os parâmetros a serem utilizados para que os direitos básicos para uma vida digna possam ser exigidos e fomentados.

## 2 DIÁLOGO ENTRE O DIREITO SUBJETIVO, DE ALF ROSS, E O MÍNIMO EXISTENCIAL, DE DANIEL SARMENTO

### 2.1 Conceito de direito subjetivo, por Alf Ross

Alf Ross foi um jusfilósofo escandinavo integrante da “escola de Copenhague”, um dos grandes nomes do positivismo jurídico, e que representou o chamado “realismo escandinavo”. Tal realismo abarcava a ideia de esvaziamento da metafísica e dos valores semânticos no direito e na moral, para a concepção de direito subjetivo. Recebeu influência de Hans Kelsen na filosofia do direito.

Kelsen entendia que o conceito de direito subjetivo era dificultado porque tal palavra poderia designar diversas situações muito diferentes umas das outras, além do que

possuía várias traduções. Mas, na concepção de que a pessoa poderia se comportar de determinada maneira, este filósofo afirmava que a conduta a que um indivíduo seria obrigado imediatamente em face de um outro poderia ser uma conduta positiva ou negativa, uma determinada ação ou omissão (dever de não fazer determinada ação). E este exercício do direito seria o contraponto entre o dever de prestação e o dever de tolerância. Para ele:

A conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como “direito”, este direito é apenas um reflexo daquele dever<sup>4</sup>.

Extrai-se, que o direito subjetivo de uma pessoa, para Kelsen, ou é um simples direito reflexo, ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, que é o poder jurídico concedido a um indivíduo de não cumprir um dever jurídico, em face dele existente. Vale registrar, ainda, a concepção, dentro do referido conceito, de um direito político que Kelsen traz na sua obra, quando afirma que se trata de um poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir (permissão positiva de uma autoridade), assegurado constitucionalmente, como membro do legislativo, na produção das normas jurídicas gerais, que afetam a generalidade ou a individualidade das pessoas, de acordo com o caso concreto.

2188

Entretanto, diante do citado arcabouço argumentativo kelseniano, Ross acreditava no conceito materialista da realidade, e que os valores, enquanto subjetivos, eram expressões de sentimentos e desejos desvinculados das propriedades dos objetos e que, por isso, não possuía o condão de atribuir-lhes a verdade ou a falsidade.

Mesmo sob a influência de Kelsen, aborda uma interpretação realista do direito, em consonância com o pensamento jurídico anglo-ameriano, a fim de se alcançar um conhecimento empírico.

Filtra os ensinamentos de Kelsen e ratifica, dentre outros, a diferença entre normas e proposições jurídicas, a negação de conhecimento objetivo sobre as questões morais, relevância das normas para caracterizar o direito e os juízes como destinatários das normas jurídicas. Defende a abordagem empírica do conhecimento a partir do princípio da verificação.

---

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. - (Ensino Superior), p. 90.

Assegura que a verdade e a falsidade de uma proposição jurídico-científica dependem de sua verificação e confronto com a experiência sensível, rejeitando ideias de origem metafísica.

Para Ross, as regras do direito precisam se referir a ações e pessoas definidas, considerando estas pessoas os juízes os destinatários das normas, e o exercício da sua força sendo por meio dos seus objetos, tendo o Direito como um destes meios. E, aqui, registre-se, a enorme influência da teoria pura do Direito de Hans Kelsen.

Argumenta que o ordenamento jurídico nacional é o que fortalece um Estado, de modo que trata a norma jurídica como ocorrência específica diferente das demais como a moralidade, religião, regras políticas e afins.

Afirma que a legislação, além de prescrever a aplicação da força física, estabelece a competência para sua execução com as normas de conduta. Assim, legitima o elemento coercitivo e o institucional.

Também para Ross a vigência jurídica é de grande relevância, tendo em vista que possibilita a efetividade real da norma, externamente e internamente, esta sentida como socialmente determinada. Mas, exige um duplo requisito: a conduta dos destinatários (juízes, com a legitimidade da força física, elemento social) e sua convicção (elemento psicológico) de que as normas são socialmente obrigatórias. Critica Kelsen quando alega que este deixou de enfrentar o problema da vigência do Direito na relação entre conteúdo normativo ideal e a realidade social.

Ensina que as normas jurídicas, criadoras de direitos e deveres, têm que ser alegadas como diretivas ao juiz. Nesse sentido defende que no que se relaciona ao direito subjetivo há ausência de referência semântica, a norma é unicamente como descrita que conecta os “fatos condicionantes e as consequências condicionadas”<sup>5</sup>, “as argumentações dos advogados ante os tribunais e nos fundamentos das decisões”<sup>6</sup>. Sobre o direito subjetivo no sentido descritivo, diz:

O uso, em aparência puramente descritivo, do conceito de direito subjetivo pode ser compreendido de maneira semelhante. O enunciado de que A é proprietário de certo objeto refere-se não apenas à circunstância puramente fatural de que A comprou o objeto, ou o herdou, ou o adquiriu por prescrição, etc., mas também à

<sup>5</sup> Ross, Alf Direito e Justiça / Alf Ross - tradução Edson Bini - revisão técnica Alysson Leandro Mascaro - Bauru, SP : EDIPRO, 2000, p. 206.

<sup>6</sup> Idem.

circunstância jurídica de que, segundo o direito vigente, esses eventos acarretam conseqüências jurídicas específicas e, portanto, se diz que geram propriedade<sup>7</sup>.

Logo, em todas as situações cotidianas Ross acredita que os enunciados exercem a função apenas de “descrever o direito vigente ou sua aplicação a situações específicas concretas.”<sup>8</sup>

Ressalte-se, ainda, que para o autor é importante o distanciamento do conceito de direito subjetivo do referencial semântico:

Ao mesmo tempo, contudo, é preciso afirmar que o conceito de direito subjetivo não tem qualquer referência semântica; não designa fenômeno algum de nenhum tipo que esteja inserido entre os fatos condicionantes e as conseqüências condicionadas; é, unicamente, um meio que torna possível - de maneira mais ou menos precisa - representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de conseqüências jurídicas<sup>9</sup>.

Para Ross o direito subjetivo é usado como referencial a ser analisado, de qual ângulo a situação e o direito devem ser olhados, sobre o aspecto jurídico vantajoso para a pessoa em questão, de modo que é utilizado na perspectiva da pessoa a quem se favorece.

Critica o uso banal da palavra “direito” (como algo a ser permitido), por se reduzir a uma expressão linguística, pois acredita que este lugar está fora do direito objetivo e que, portanto, precisa de conteúdo jurídico. Considera as liberdades fora do conceito de direito subjetivo.

2190

Nesse sentido, as vantagens para determinada pessoa, por ser algo dentro da norma jurídica, com efeito restritivo, traz consigo um dever. Exemplo disso, mais uma vez, é o direito de propriedade:

A propriedade inclui um privilégio para o proprietário, um domínio reservado, porque se acha em liberdade de usar e usufruir do objeto, enquanto, ao mesmo tempo, os outros estão excluídos. Contudo, as situações favoráveis como contrapartidas de um dever nem sempre são consideradas como direitos subjetivos. Se B, por exemplo, prometeu a A pagar uma quantia a C, sob condições tais que somente A poderá exigir-lhe o pagamento, como correlato do dever de B surge uma vantagem para C. E, no entanto, não se diria que um direito foi criado em favor de C<sup>10</sup>.

Denota-se, pois, que o conceito de direito subjetivo está ligado a uma faculdade à pessoa titular do direito, um poder potestativo de dispor do direito, de forma que somente o proprietário possui o comando de provocar a conseqüência jurídica em seu favor.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 207.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>9</sup>

<sup>10</sup> Ibidem, p.210.

Logo, o conceito de direito subjetivo:

[...] é usado unicamente para indicar uma situação na qual o ordenamento jurídico deseja assegurar a uma pessoa liberdade de poder se comportar - no âmbito de uma esfera específica - como lhe agrada, a fim de proteger seus próprios interesses. O conceito de direito subjetivo indica a auto-afirmação autônoma do indivíduo. Isso, é claro, não significa um individualismo desenfreado e não é a antítese do caráter social de todo ordenamento jurídico. Significa apenas que precisamente por considerações que produzem o bem estar da comunidade, julga-se desejável - claro que dentro de certos limites - proporcionar ao indivíduo a possibilidade de liberdade de ação<sup>11</sup>.

Sendo assim, fica claro que o autor prioriza a ideia de que o direito subjetivo está presente em todas as normas e pode regulamentar quaisquer relações, especialmente, as de cunho privado, de onde acredita ser a origem de tudo, por defender que os valores subjetivos permeadores de uma pessoa se encontram adequadamente em cada norma que ordena determinada situação ou cenário de modo a ser escolhida a mais vantajosa na defesa do seu direito e, conseqüentemente, da sua vontade.

Nesse sentido, distancia-se de Kelsen, quando este afirma que a conduta do indivíduo é em face do dever que existe e não o contrário, o indivíduo escolhendo a norma que lhe é mais vantajosa para o cumprimento do seu direito.

Interessante registrar lição de Denis Rosenfield, em diálogo com Ross, que aborda a carga valorativa intrínseca na atuação estatal que passa a normatizar comportamentos da esfera privada do indivíduo. Para o autor, a proteção física e a segurança jurídica devem ser a finalidade do Estado para a promoção da liberdade dos cidadãos.

Contrapõe à ideia de que a liberdade é a eliminação de todo tipo de coerção, pois acredita que a ausência desta se instala o caos, semeia a irracionalidade das paixões políticas e destrói vínculos humanos, inerentes à manutenção da própria existência humana. Defende que a liberdade, fornecida pelo Estado, abarca o imprevisível. Diz o autor<sup>12</sup>:

Significa, então, reconhecer que toda ação possui efeitos desconhecidos, alguns imprevisíveis, que não podem ser antecipados nem planejados pelo Estado. Significa reconhecer que o homem não é um ser coletivo que deveria ser moldado de acordo com uma forma estatal. Significa reconhecer que as regras são condições mesmas da ação, que se faz no interior delas e conforme os seus valores e instituições. Para uma sociedade ser livre, é, portanto, necessário que a liberdade individual seja um princípio fundador dessas mesmas regras.

---

<sup>11</sup> Ibidem, p.211.

<sup>12</sup> ROSENFELD, Denis Lerrer. **Reflexões sobre o direito à propriedade/ Denis Lerrer Rosenfield** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Nesse contexto, a liberdade do indivíduo, para Rosenfield, de ação e de escolha se concretizam na propriedade privada, como algo próprio de cada ser. O que não significa que cada um tem o direito de fazer o que convém, com total desconsideração de norma, mas, que haverá coerções não arbitrárias, por parte do Estado (seus Poderes) e regras norteadoras do comportamento. Endossa:

A liberdade reside em um movimento do homem que age independentemente da coerção violenta que um outro poderia exercer sobre si. Neste sentido, a lei se torna a condição mesma da liberdade, enquanto ausência de coerção externa, sobretudo violenta de parte de um outro agente. Entretanto, isto não significa a ausência total de coerção, pois aí não haveria lei e a violência estaria instaurada. Deriva dessa formulação uma outra acepção da liberdade, a decorrente deste movimento da vontade que, conformemente à lei, segue em direção à satisfação dos interesses dos agentes, ou seja, uma significação positiva da liberdade como auto-satisfação, auto-realização, do homem na busca dos objetos, bens e pessoas que se inserem neste movimento. Só um ser que age voluntariamente pode procurar esse tipo de satisfação.

Por isso, a acepção de que a liberdade é a exteriorização da própria vontade, estendendo-se à disposição da propriedade, de bens, dentro da lei a que é submetida, é conceito que conversa com as ideias de John Locke, do ato voluntário, quando aborda a liberdade absoluta e natural do homem para decisão de suas ações, pessoas e bens sem que haja interferência do arbítrio de outro homem. No entanto, para Locke o indivíduo abre mão da sua liberdade completa em detrimento de uma civilidade, como abordado em artigo pelo professor Vladimir França<sup>13</sup>:

O estado de natureza confere aos homens os poderes paterno (família), político (propriedade) e despótico (guerra). Para a melhor preservação da liberdade prescrita pelas leis da natureza, os homens renunciam tais faculdades naturais em favor do governo civil.

Portanto, a norma pode conter carga valorativa inerente, mas o indivíduo estará apto a dispor do que sua moral permite para a concretização da liberdade a qual é legalmente submetido.

Nesse cenário, no artigo “Perfil constitucional da função social da propriedade”, novamente o professor Vladimir França<sup>14</sup>, traz o conceito de que no que concerne aos princípios constitucionais, carregados de valores por excelência, poderão ou não abraçar

---

<sup>13</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke**. Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000.

<sup>14</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

conteúdo pragmático, pois per si são exigíveis e determinam um direcionamento e uma exigibilidade viável de normas programáticas. Vejamos:

O princípio constitucional pode ou não abranger um conteúdo programático. Contudo, sua eficácia e aplicabilidade não podem estar condicionadas a regulamentação ulterior. Se o princípio consagra uma diretriz, a diretriz se torna plenamente exigível e juridicamente imperativa, independentemente de regulamentação infraconstitucional. Os princípios constitucionais são normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas, em que o fundamento e/ou diretriz constitucionais encontram-se imperativamente determinadas, objetivando o seu conteúdo e tornando-o concretizável juridicamente (França, 1997a: 480).

Assim, considerado, possível a convivência intrínseca entre valor e norma, dando ao indivíduo a autonomia da escolha, atentando para o conceito de direito subjetivo de Ross.

## 2.2 Núcleo do mínimo existencial para daniel sarmento

Daniel Sarmento inicia seu texto, sobre a promoção do mínimo existencial pelo Estado, com um trecho sobre a ideia do darwinismo social, de Herbert Spencer, filósofo inglês do século XIX, que defendia que a proteção dos mais vulneráveis pelo Estado ou pela sociedade não deveria ser aceita, pois seria contrária ao interesse geral da sobrevivência dos mais aptos. Tal teoria influenciou a Economia, a Filosofia Política, o Direito Constitucional.

2193

*In verbis:*

Parece duro que, pela falta de habilidade que não consegue superar, apesar de todos os seus esforços, um artesão passe fome. Parece duro que um trabalhador, incapacitado pela doença de competir com os mais fortes, tenha que suportar privações. Parece duro que viúvas e órfãos sejam deixados à própria sorte, para que lutem pela sua vida ou morte. Mas, quando observados não de modo isolado, mas em conexão com os interesses universais da humanidade, essas duras fatalidades parecem ser da mais elevada benevolência<sup>15</sup>.

Menciona que a percepção descrita anteriormente não é bem amparada, especialmente, no Brasil, e que um dos fatos importantes contra a aplicação da teoria do darwinismo social no constitucionalismo norte-americano, foi o voto divergente de Oliver Wendell Holmes, no início do século passado, em face dos juízes da Suprema Corte que abarcou a teoria de Spencer.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> SPENCER, Herbert. Social Statics. In: SCHAPIRO, J. Salwin (ed.). Liberalism: its meaning and history. New York: Van Nostrand Reinhold, 1958, p. 137. Apud Sarmento, Daniel Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia / Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 189.

<sup>16</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45 (1905). Apud Sarmento, Daniel Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia / Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 190.

Relata a relevância das *Poor Laws* inglesas, do século XVI, a Constituição francesa de 1793 que abarcava o direito aos socorros públicos, com disposição parecida na Constituição brasileira de 1824 (art. 179, XXI), sendo considerada a “sensibilidade precursora para o social”<sup>17</sup> por Paulo Bonavides e Paes de Andrade.

Mas, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que trouxeram a ideia de garantia de direitos sociais pelo Estado. Logo, a garantia jurídica do mínimo existencial, agora, distancia-se, e muito, da filosofia social-darwinista. No Brasil, a Constituição de 1988, recebe o mínimo existencial como direito fundamental, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana.

E aqui, o mínimo existencial já entendido como a garantia das condições materiais básicas de vida para todos, e que se insere em diferentes teorias para sua justificativa, extensão e proteção. Para Sarmento:

[...] os fundamentos para reconhecimento do direito ao mínimo existencial podem ser instrumentais ou independentes. Os fundamentos instrumentais apontam que o mínimo existencial deve ser assegurado para que algum outro princípio ou objetivo seja, promovido. Os princípios mais frequentemente invocados são a liberdade e a democracia. Já os fundamentos independentes postulam que o mínimo existencial deve ser garantido porque a sua denegação representa, em si, uma grave injustiça, independentemente dos efeitos que possa ter sobre outros valores<sup>18</sup>.

No que se refere aos fundamentos instrumentais, rechaça a visão excessivamente formalista da liberdade que afirma que tal valor é restringido toda vez que o Estado promove a garantia de direitos ou igualdade para os vulneráveis, considerando a intervenção heterônoma nas relações sociais, pois acredita que este conceito esquece os constrangimentos que impossibilitam as escolhas reais de vida das pessoas.

Sendo assim, a liberdade não é ausência de coações, mas a possibilidade de exercê-la a partir da garantia de um mínimo existencial. Sarmento traz o exemplo da Suprema Corte de Israel que reconheceu um direito à subsistência com dignidade, afirmando que, “sem condições materiais mínimas, uma pessoa não tem a capacidade de criar, de ter aspirações, de fazer escolhas e de exercitar as suas liberdades”.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 100. Apud Sarmento, Daniel Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia / Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 190.

<sup>18</sup> Sarmento, Daniel Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia / Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195.

<sup>19</sup> Suprema Corte de Israel. *Hasan v. The Social Security Institution*, julg. 28.02.2012. Apud ibidem, p. 197.

Em consonância, vale-se da filosofia política de John Rawls e o seu liberalismo igualitário, a fim da promoção da igualdade material e da justiça social, visto que recorreu à ideia de contrato social: acordos invisíveis, cobertos por um “véu da ignorância” nas pessoas, que as impossibilitariam de identificar as suas próprias características, resultando em uma imparcialidade de justiça aceitável para todos.

Para Rawls, o princípio da liberdade deveria ser reconhecido constitucionalmente, de modo que em uma sociedade justa cada pessoa deveria ter bens primários superiores ao mínimo existencial para exercer suas liberdades básicas.

Relata, Sarmiento, que no Brasil o professor Ricardo Lobo Torres inaugura o estudo e o apoio da ideia de que a garantia da liberdade se baseia no mínimo existencial, insurgindo-se contra a concepção de que os direitos sociais têm fundamentalidade inerente, pois é contrário ao Estado Social e ao conceito de constituição dirigente. Mas, registra que Torres defendeu que o mínimo existencial tem fundamentalidade, pois tem elo essencial com a liberdade:

O direito às condições mínimas de existência digna constitui o conteúdo essencial dos direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou direitos individuais, ou direitos naturais, formas diferentes de expressar a mesma realidade. (...) O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; (...) é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos para o Estado; é plenamente justificável; independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata<sup>20</sup>.

Assim, a promoção do direito ao mínimo existencial está diretamente ligada ao exercício do princípio da liberdade, com toda sua capacidade e autonomia, inclusive, o seu cumprimento em situações fáticas.

Quanto ao mínimo existencial e a democracia, Sarmiento leciona que esta é vivenciada a partir de um processo de vontade comum e igualdade de oportunidade entre os cidadãos para a formação de uma comunidade política. Tal participação cidadã deve ser promovida em condições materiais mínimas, sanitárias, educacionais, essenciais para que o indivíduo possa exercer livremente sua liberdade com consciência.

---

<sup>20</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Op. cit., p. 39-40. Apud Ibidem, p. 201.

Mas, o autor assegura que não fundamenta instrumentalmente o mínimo existencial unicamente na liberdade ou na democracia, filia-se às ideias de Ernst Tugendhat<sup>21</sup>, na perspectiva independente de mínimo existencial, quando os objetivos dos direitos não são a garantia da liberdade, e sim uma necessidade humana.

Assegura que quando a promoção da liberdade e da democracia não estão em questão, mister se faz abarcar as condições básicas de vida, para que não sejam privados indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade, como ensina Tugendhat<sup>22</sup>:

No interior da discussão jurídico-constitucional sobre direitos humanos ou fundamentais o conceito de liberdade exerce tradicionalmente o papel fundamental. A ideologia que estava atrás disso era que o ser humano ‘na condição natural’ – sem Estado – seria em princípio livre; com a fundação de um Estado ele lhe deu parte de sua liberdade; a tarefa do Estado legítimo consiste em assegurar reciprocamente a liberdade dos indivíduos, conquanto que ela não prejudique a liberdade dos outros. (...) A orientação unilateral a partir da liberdade é, contudo, falsa até para a tradição liberal, porque sobretudo o direito à vida e à integridade física não é um direito de liberdade. Além disso, a ideia de uma condição natural é, visto do ponto de vista moral, um mito ruim, porque ela parte exclusivamente dos adultos que têm condições de providenciar por si mesmos (...). Mas, fundamental para a pergunta pelos direitos que a gente tem somente pode ser o conceito da necessidade (ou interesse). O lugar da liberdade ficaria no ar se ela não fosse uma das necessidades fundamentais do indivíduo a ser reconhecida moralmente, da mesma forma que a necessidade da integridade física, mas também, p. ex., como a necessidade de ajuda, e de educação na fase da infância (...) bem como a necessidade da participação política.

Nesse sentido, o teor do mínimo existencial é complexo, de forma que se entende a variação cultural de cada sociedade para conceituar necessidades básicas para uma vida digna. Por isso, nesta visão, os valores culturais irão guiar determinada norma. Como o autor sugere o exemplo dos indígenas que, não necessariamente, necessitam de energia elétrica para a promoção da sua dignidade, diferentemente da população das cidades. Outra questão é o direito à água, moradia, saúde e alimentação, cujos parâmetros desta, por sua vez, também são determinados culturalmente como se vê em tribos indígenas ou em um centro urbano.

Em razão disso, a própria legislação internacional direciona para a possibilidade de valorização na aplicação da norma, tal qual no que tange ao direito à alimentação adequada. Diz a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, no Comentário Geral nº 12: “disponibilidade de alimentação em quantidade e qualidade suficientes para a

<sup>21</sup> TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis *et al.* 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. Apud *Ididem*, p. 207.

<sup>22</sup> TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. *Op. cit.*, p. 385-386. Apud *Ididem*, p. 208.

satisfação das necessidades de dieta dos indivíduos, livre de substâncias adversas e *aceitáveis dentro de cada cultura*” (parágrafo 8).

Logo, o mínimo existencial não se esgota na garantia do mínimo fisiológico, mas o digno para a sobrevivência, o que abrange o acesso à educação, vestimenta, água e os direitos universais ligados à dignidade humana. Contudo, o mínimo existencial, além da faceta prestacional detém, ainda, a dimensão negativa pois protege restrições estatais.

Por isso, Sarmento traz que a jurisprudência tem papel importante na concretização e norteamento acerca da efetivação da promoção do mínimo existencial pelo Estado, pois reconhece prestações que não estão expressamente positivadas na Constituição, como nos casos do acesso à água no semiárido do Nordeste<sup>23</sup> e a instalação de rede de tratamento de esgoto<sup>24</sup>, por exemplo, mas defende que o legislador, “pelos suas capacidades institucionais, detém melhores condições para examinar tal problema sob o ângulo sistêmico do que o Poder Judiciário”<sup>25</sup>.

Outrossim, a judicialização para a efetivação desses direitos prestacionais, segundo Sarmento, trouxe algumas críticas:

São elas: (a) a crítica democrática, de que competiria primariamente ao legislador e ao governo, eleitos e responsáveis perante a população, a prerrogativa de definição das prioridades sobre os gastos públicos, e não ao Judiciário; (b) a crítica sobre a eficiência, no sentido de que os juízes não teriam capacidade técnica para decidir na área, que envolve políticas públicas complexas, e de que o processo judicial, pelas suas limitações, não seria o ambiente adequado para intervenções nessa seara, de modo que as decisões jurisdicionais, ainda quando muito bem intencionadas, podem prejudicar, ao invés de promover, a efetivação dos direitos sociais; (c) e a crítica sobre a equidade, que sustenta que, pela assimetria no acesso à justiça em desfavor dos pobres, a proteção jurisdicional dos direitos sociais resultaria na canalização de recursos escassos para o atendimento de demandas da classe média, agravando a injustiça social ao invés de minorá-la<sup>26</sup>.

Apesar disso, há certo consenso no sentido da possibilidade de proteção judicial do mínimo existencial, mas com as chamadas técnicas mais flexíveis, firmadas no diálogo institucional. Esse diálogo interinstitucional é no sentido da legislação definir políticas públicas voltadas à concretização do mínimo existencial e a colaboração, na atuação, de

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, AgReg no RE 658171, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 01.04.2014.

<sup>24</sup> Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp 1366331, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 16.12.2014.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 225

<sup>26</sup> Ibidem, p. 228

outros órgãos e poderes estatais com o Judiciário, como forma de execução fática e específica do que se considera mínimo existencial.

### 2.3 Possível intersecção entre os autores

Da leitura de ambos os juristas, denota-se que o direito subjetivo ou alguma garantia ligada à uma carga valorativa, assim como, um cenário sociocultural para o fim de seu cumprimento, dependerá do ponto de partida a ser analisado.

É sabido que Hans Kelsen aborda a ideia do dever ser e a conduta como algo descrito na norma, de modo que a lei irá determinar o comportamento a ser seguido. Por outro lado, apesar da influência do positivismo, Alf Ross acredita que todo valor moral e matéria subjetiva, ainda que seja suprima pela norma, mas deve ser amparado a partir do ponto de vista de quem a usará em seu benefício, a norma seria algo pessoal sobre a escolha mais vantajosa para si.

Daniel Sarmiento, por sua vez, abarca a tese de que o mínimo existencial, e aí considerado algo subjetivo em razão da variação em cada sociedade acerca da necessidade básica para uma existência digna, é algo de essencialidade humana e, portanto, vital para o exercício das liberdades, com autonomia.

Vale ressaltar, ainda que ao tempo em que Rawls, referência para Sarmiento, fala em “véu da ignorância” e, possivelmente, a interpretação valorativa sobre si quanto à posição social e interesses para a escolha da norma justa, Ross se limita a dizer que a escolha da norma é o que está expresso e de acordo com a posição mais vantajosa para determinada situação do indivíduo.

Portanto, denota-se que o exercício pleno da liberdade pessoal para Sarmiento só é cumprido a partir da efetivação do fomento ao mínimo existencial pelo Estado, e para Ross, a concretização do direito subjetivo já parte da própria escolha individual para o seu cumprimento da forma mais benéfica que lhe convir.

## CONCLUSÃO

Da leitura sobre a percepção de ambos os autores sobre o direito subjetivo e o mínimo existencial, apreende-se, primeiramente, que Alf Ross defende a ideia de que o direito subjetivo está presente em todas as normas e pode regulamentar quaisquer relações,

a ser escolhida a mais vantajosa na defesa do direito do indivíduo que recorre, por interesse em seu próprio benefício.

De outra maneira, Daniel Sarmento assegura a possibilidade de proteção judicial do mínimo existencial, a partir de um diálogo interinstitucional, o qual órgãos competentes irão definir, por legislação, políticas públicas voltadas à concretização do mínimo existencial, a fim da execução desta.

Sendo assim, cabe ao leitor ponderar qual parâmetro considera mais razoável na busca da efetivação desses direitos abstratos, assegurados constitucionalmente, para a materialização das condições básicas de sobrevivência, se a partir do indivíduo e sua liberdade de escolha valorativa ou iniciando do fornecimento básico estatal de cenário humano para a manutenção da vida.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 03/11/2021.

2199

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke**. Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito / Hans Kelsen** ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. - (Ensino Superior).

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Reflexões sobre o direito à propriedade/ Denis Lerrer Rosenfield** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça / Alf Ross** - tradução Edson Bini - revisão técnica Alysson Leandro Mascaro - Bauru, SP : EDIPRO, 2000.

SPENCER, Herbert. **Social Statics**. In: SCHAPIRO, J. Salwin (ed.). **Liberalism: its meaning and history**. New York: Van Nostrand Reinhold, 1958, p. 137.

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

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Trad. Róbson Ramos dos Reis *et al.* 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.