

- (1) — *Teoria Geral dos Sistemas*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1975, p.84.  
 (2) — Elemento já observado em semântica por FERDINAND DE SAUSSURE, desde 1931, no seu *Cours de Linguistique générale*, Genebra, Ed. Payot, 1931.  
 (3) — EDGAR MORIN, *La Méthode*, 1, Paris, Ed du Seuil, 1977, pp. 99-100.  
 (4) — *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 966.  
 (5) — Ed. Forense; 1ª edição, em 1970; 7ª edição, no prelo — Capítulos XVII e XVIII.  
 (6) — Comentários, São Paulo, RT, 1968, Tomo VI, p. 84.

Ricardo Lobo Torres

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

**SUMÁRIO.** 1. O conceito de mínimo existencial. 2. Fundamento: as condições da liberdade. 3. **Status negativus**. 3.2. **Status positivus libertatis** 4. O mínimo existencial e o processo democrático. 4.1. Legislação. 4.2. Administração. 4.3. Jurisdição. 5. Conclusões.

## 1. O Conceito de Mínimo Existencial.

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

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico.

Mas aparece algumas vezes no texto básico com referência a certos direitos. Assim, a Constituição de 1946 declarava "isenções de imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica" (art. 15, § 1º). A CF de 1967, na redação da Emenda n.º 1, de 1969, proclama que "o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais" (art. 176, § 3º, II). O art. 153, § 32, da CF, assegura a "assistência judiciária aos necessitados" e a nova Constituição, na redação para o segundo turno de discussão e votação, amplia o direito, ao dizer que o "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5.º, item LXXIV).

Outras vezes o mínimo existencial está implícito nos princípios constitucionais que o fundamentam, como o da igualdade, o do devido processo legal, o da livre iniciativa, etc., abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

## 2. Fundamento: as condições da liberdade.

O mínimo necessário à existência constitui um *direito fundamental*, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*<sup>(1)</sup>. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados<sup>(2)</sup>. A liberdade de viver debaixo da ponte, de que falava Anatole France, não é liberdade<sup>(3)</sup>.

O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, está nas *condições para o exercício da liberdade*, que, por seu turno, se expressam no *princípio da igualdade*<sup>(4)</sup>, na proclamação do respeito à *dignidade humana*<sup>(5)</sup>, na *cláusula do Estado Social de Direito*<sup>(6)</sup> e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos *direitos fundamentais*<sup>(7)</sup>.

O direito às condições mínimas de existência digna, incluindo-se entre os direitos da liberdade não se confunde com os direitos econômicos e sociais ou com os chamados direitos fundamentais sociais, posto que estes se apóiam na idéia de *justiça social*<sup>(8)</sup>.

É bem verdade que muita vez se torna difícil estimar os direitos econômicos e sociais, fundados na justiça social, e o mínimo existencial, necessário à liberdade. Já porque a diferença pode surgir da inserção de *interesses fundamentais* nos direitos originariamente não-fundamentais, como sejam a saúde, a educação, a alimentação, etc.<sup>(9)</sup> Já porque a igualdade, que é princípio vazio, informa assim a idéia de justiça que a de liberdade. Já pela imprecisão terminológica: a doutrina suíça, por exemplo, para caracterizar o mínimo existencial, recorre à expressão "direitos sociais mínimos" (*Kleinen Sozialrechte*); Michelman prefere *minimum welfare* e *minimum protection*<sup>(10)</sup>.

### 3. Status do mínimo existencial.

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

#### 3.1. Status negativus.

Os direitos da liberdade exibem o *status negativus* que significa o poder de autodeterminação do indivíduo, a liberdade de ação ou de omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado<sup>(11)</sup>.

O *status negativus* do mínimo existencial se afirma principalmente no campo tributário, através de imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência<sup>(12)</sup>.

Assim, a Constituição de 1946 (art. 15, § 1.º) garantia a imunidade ao mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica<sup>(13)</sup>. Hoje, a proteção aparece sob a forma de isenções do IPI e do ICM, asseguradas nas respectivas legislações.

O Imposto de Renda não incide sobre um mínimo necessário à sobrevivência do declarante, nem sobre as quantias necessárias à sub-

sistência de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta. Cuida-se de imunidade do mínimo existencial, embora apareça na lei ordinária, posto que materialmente remonta às fontes constitucionais<sup>(14)</sup>.

As instituições filantrópicas e assistenciais são imunes aos impostos (art. 19, III, c, CF).

Em todos esses casos estamos diante da proteção negativa do mínimo existencial assegurado pelo mecanismo da imunidade. Pouco importa que na legislação ordinária apareça sob o rótulo de isenção. Pois o que caracteriza verdadeiramente a imunidade, ao contrário do que pensam os positivistas, não é a fonte formal e imediata de que promana, mas a circunstância de ser um predicado dos *direitos da liberdade* e de ter um fundamento pré-constitucional<sup>(15)</sup>. Segue-se, daí, que a não-incidência fiscal quase nada tem que ver com a *idéia de justiça*: o princípio da *capacidade contributiva*, que manda tributar de acordo com a riqueza de cada qual, só fundamenta a ordem tributária no que excede à reserva da liberdade e ao mínimo necessário à existência digna<sup>(16)</sup>.

Essas imunidades funcionam freqüentemente como mecanismo de compensação das prestações positivas estatais. O legislador, até pela maior facilidade de sua quantificação, pode substituir as subvenções pelas deduções do Imposto de Renda para as despesas médico-hospitalares ou para o sustento dos filhos e dependentes, pelas isenções dos impostos indiretos para os gêneros de primeira necessidade, etc., que são formas de imunidade. Por evidente que as prestações positivas seriam mais justas, pela possibilidade de adequação às situações individuais dignas do apoio estatal e pela circunstância de que é inócuo aliviar a tributação do pobre<sup>(17)</sup>; mas a sua compensação com as imunidades, sobre atender o dever constitucional do Estado, torna-se operacionalmente menos complicada e juridicamente mais segura, posto que o pagamento das subvenções participa da esfera da discricionariedade administrativa.

#### 3.2. Status positivus libertatis

O *status positivus libertatis* compreende as prestações estatais necessárias à garantia do mínimo existencial. Os direitos fundamentais, irredutíveis, e os direitos econômicos e sociais tocados pelo interesse fundamental postulam, como *condição da liberdade*, a prestação positiva do Estado<sup>(18)</sup> ou, como define a doutrina germânica, criam a pretensão jurídica à assistência social (*Rechtsanspruch auf öffentliche Fürsorge*)<sup>(19)</sup>. Essas prestações, todavia, têm caráter nitidamente *subsidiário*, eis que o Estado só estará obrigado a entregá-las quando o sistema previdenciário público ou privado falhar em sua missão e o indivíduo não possuir os meios indispensáveis à sobrevivência<sup>(20)</sup>.

A proteção positiva do mínimo existencial se realiza de diversas formas. O Estado pode entregar prestações de serviço público específico e divisível, que serão *gratuitas* pela atuação do mecanismo consti-

tucional da imunidade das taxas e dos tributos contraprestacionais; assim acontece com o ensino público primário (art. 176, § 3º, II, da CF), com o ensino médio e superior para quantos demonstrarem aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos (art. 176, § 3º III)<sup>(21)</sup>, com a assistência médica nos hospitais públicos independentemente de o cidadão pertencer ao sistema de previdência social<sup>(22)</sup>, com a celebração do casamento civil (art. 175, § 2º), com a prestação jurisdicional aos indigentes, com a assistência judiciária aos necessitados (art. 153, § 32), etc., tudo o que prescinde de contraprestação financeira por parte do beneficiário. O *status positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que, como vimos, muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos, etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite, etc.), independentemente de qualquer pagamento, é outra modalidade de tutela do mínimo existencial.

A proteção estatal, repita-se, visa a garantir as *condições da liberdade*, a segurança jurídica e a personalidade do cidadão, não prevalecendo aqui as considerações de *justiça*. Por isso mesmo não se confunde o *status positivus libertatis*, típico do mínimo existencial, com o *status positivus socialis*, constituído pelas prestações estatais entregues para a proteção dos chamados direitos fundamentais sociais ou dos direitos econômicos e sociais<sup>(23)</sup>. O *status positivus socialis* é de suma importância para o aperfeiçoamento do Estado Social de Direito, sob a sua configuração de Estado de Prestações<sup>(24)</sup> e em sua missão de protetor dos direitos sociais e de curador da vida social, responsável pela previsão ou cura da existência (*Daseinsvorsorge* para os alemães): compreende o fornecimento de serviço público inessencial (educação secundária e superior, saúde, moradia, etc.) e as prestações financeiras em favor dos fracos, especialmente sob a forma de subvenções sociais. O *status positivus socialis* depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o Estado, motivo por que não tem dimensão constitucional, sendo objeto da legislação ordinária e da política social e econômica. As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais *não são obrigatórias*<sup>(25)</sup>, posto que derivam da ideia de justiça; aí está outro traço distintivo para com o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão<sup>(26)</sup>. O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural<sup>(27)</sup>, sob a "reserva do possível"<sup>(28)</sup> ou na conformidade da autorização orçamentária<sup>(29)</sup>.

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

O mínimo existencial necessita do processo democrático para se

concretizar. Só o trabalho da legislação, da administração e, sobretudo, da jurisprudência, pode garantir a eficácia desse direito fundamental.

##### 4.1. Legislação.

Não obstante tenha estatura constitucional, o direito às condições mínimas de existência digna às vezes só aparece no discurso da lei ordinária. As imunidades fiscais, como vimos, se convertem em *isenção* dos impostos indiretos sobre os bens de consumo popular ou necessários à alimentação, em *descontos* e *abatimentos* do Imposto de Renda pelas despesas familiares e de tratamento médico, em *subvenções*, etc. Outras vezes a legislação vem regulamentar normas constitucionais, como aconteceu com a Lei nº 1.060/50, que dispôs a assistência judiciária gratuita aos necessitados, e com o próprio Código Tributário Nacional, que criou exigências para o reconhecimento das imunidades das instituições assistenciais.

##### 4.2. Administração.

O mínimo existencial, com o *status positivus libertatis*, pode ser objeto de regulamentação administrativa, pois necessita do amplo apoio do Executivo, inclusive nas decisões casuísticas. Mas é oponível à Administração, na qualidade de direito subjetivo<sup>(30)</sup>, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira.

O direito ao mínimo existencial se distingue dos direitos econômicos e sociais porque estes, não constituindo direito público subjetivo, só se opõem à Administração se houver lei prévia que os conceda.

##### 4.3. Jurisdição.

O *status negativus* do mínimo existencial é garantido pelo Judiciário na via mandamental ou ordinária. A *imunidade* das instituições filantrópicas, as deduções do Imposto de Renda e as isenções dos impostos indiretos sempre foram asseguradas entre nós pela jurisprudência.

Mas o Poder Judiciário garante também o *status positivus libertatis*.

Deve-se à construção pretoriana o aperfeiçoamento do direito à *assistência judiciária* dos necessitados, com a transferência do ônus da prova para quem contestar o estado de pobreza e com a sua extensão à isenção da taxa judiciária<sup>(31)</sup>.

No campo da *taxa judiciária* é que se tornou importantíssima a jurisprudência, especialmente nos Estados Unidos e no Brasil. A Supre-

ma Corte americana reconhece o direito de acesso dos pobres à Justiça independentemente do pagamento de tributo quando, além de o ingresso em juízo ser a única possibilidade objetiva de solução do conflito, o interesse seja fundamental, o que se dá, por exemplo, em processo de *habeas corpus*<sup>(32)</sup> ou de divórcio<sup>(33)</sup>, que envolvem direitos da liberdade, mas não ocorre nos casos de insolvência civil<sup>(34)</sup>, revisão criminal<sup>(35)</sup> e controle da constitucionalidade da lei estadual prejudicial ao pobre<sup>(36)</sup>, que não tocam nos direitos fundamentais<sup>(37)</sup>. O Supremo Tribunal Federal, em relevante julgamento<sup>(38)</sup>, decidiu que “se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção de prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do § 4.º do art. 153 da Constituição”, garantindo, assim, o direito fundamental ao processo judicial e robustecendo o princípio que proíbe a denegação de justiça.

O direito à assistência médica foi assegurado pela Suprema Corte americana aos que, inclusive em decorrência das migrações internas, não houvessem contribuído para o sistema previdenciário local, com o que se tornou secundária a “integridade fiscal” dos programas governamentais<sup>(39)</sup>.

Se não há dúvida de que o Judiciário pode controlar as discriminações indevidamente introduzidas pelo Legislativo ou pela Administração para a garantia positiva dos direitos fundamentais e das condições da liberdade, resta certa dificuldade em determinar os limites da jurisdição nos casos de omissão do legislador. A doutrina sempre entendeu que não seria lícito ao juiz conceder prestações positivas, imunes aos tributos, ainda que necessárias às condições da liberdade, na ausência de previsão legal, por implicar em gasto público<sup>(40)</sup>. Ultimamente, porém, a jurisprudência americana vem-se cristalizando no sentido de que é legítimo o controle positivo da jurisdição, através de julgados que acabam por influir dialeticamente na modificação ou criação da lei: os direitos dos presos e dos alienados mentais ao tratamento médico e à alimentação foram objeto do “*Institutional reform litigation*”, gerando a obrigatória alocação de recursos públicos e as redefinições orçamentárias<sup>(41)</sup>. PONTES DE MIRANDA afirmava, categórica e pioneiramente: “É preciso que se crie, para todos, o direito subjetivo à educação. Porém, não só o direito subjetivo. Também a pretensão, a ação e o remédio jurídico processual”<sup>(42)</sup>. A garantia do mínimo existencial, que é condição de liberdade, passa a ser assegurada, na nova Constituição, pelo mandado de injunção, que se concederá “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5.º, item LXXII).

## 5. Conclusões

Afinal, impõem-se as seguintes conclusões:

1. Há um direito às *condições mínimas de existência humana digna*,

na, que, sendo pré-constitucional, nem sempre aparece expressamente no texto maior.

2. O mínimo existencial constitui uma das *condições para o exercício da liberdade e dos direitos humanos*. Pode se expressar no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito ou no devido processo legal. Não se confunde com os direitos sociais e econômicos, que não são fundamentais.

3. O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e garantido positivamente pelas prestações estatais.

- 3.1. O *status negativus* do mínimo existencial se afirma principalmente através das imunidades fiscais (do mínimo indispensável à habitação, vestuário e alimentação de pessoas de restrita capacidade econômica, do Imposto de Renda sobre o mínimo necessário à subsistência do declarante e de seus dependentes, das instituições assistenciais e filantrópicas), que nada têm que ver com a idéia de justiça ou com o princípio da capacidade contributiva.

- 3.2. O *status positivus libertatis* compreende as prestações estatais obrigatórias e necessárias ao mínimo existencial (prestações de serviço público não oneradas por taxas, subvenções, auxílios financeiros, entrega de bens públicos independentemente de contraprestação financeira). Não se confunde com o *status positivus socialis*, fundado na idéia de Justiça Social, que só é garantido sob a reserva do possível ou na conformidade da autorização orçamentária.

4. O mínimo existencial se concretiza pelo processo democrático.

- 4.1. À legislação incumbe regulamentar as imunidades, concedendo as isenções e as deduções que as operacionalizam.

- 4.2. À Administração compete a entrega das prestações positivas, que constituem direito subjetivo do cidadão, independentemente de contraprestação financeira.

- 4.3. À Jurisdição toca assegurar as imunidades e tornar obrigatória a entrega das prestações positivas necessárias à liberdade, ainda que não previstas na lei.

## NOTAS

1) Cf. DÜRIG, in: MAUNZ, —, HERZOG, SCHOLZ, *Grundgesetz. Kommentar*, München, C. H. Beck, 1987, art. 1.º, Rdnr. 43: “Sem o mínimo existencial (*Existenzminimum*) o homem não vive, vegeta” (*Er lebt nicht, er vegetiert*). GARCIA — Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 26: “Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real”; I Berlin, *Quatro Ensaíos sobre a Liberdade*, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 138: “É um fato que propiciar direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses ho-

mens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla".

2) A Suprema Corte americana declarou: "Prisoners retain a residuum of liberty..." (Ohlin v. Wakinekona, 103 S. Ct. 1741 — 1745, 1983).

3) *Le lys rouge*, Paris, 1894, p. 117.

4) A Igualdade, aqui, é a que informa a liberdade e não a que penetra nas considerações de justiça. F. MICHELMAN, "On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment", *Havard Law Review*, 1969, v. 83, p.35 separa a *equal protection*, que fundamenta os direitos econômicos e sociais, do *minimum protection*, que garante as necessidades e os interesses fundamentais. Cf. Tb. G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1985, p. 586.

5) Cf. DÜRIG, *op. cit.*, art. 1.º, Rdnr. 45; R. SCHOLZ, *Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft*, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1981, p. 35; H. P. SCHNEIDER, "Eigenart und Funktionen der Grundrechte in demokratischen Verfassungsstaat", in: PERELS, Joachim (Ed.), *Grundrechte als Fundament der Demokratie*, Frankfurt, Suhr Kamp, 1979, p. 33; H. C. NIPPERDEY, "Die Würde des Menschen", in: F. NEUMANN, — U. SCHEUNER (Ed.), *Die Grundrechte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1954, v. 2, p. 6; J. ISENSEE, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", *Der Staat* 1980, v. 19, p. 371 subordina o mínimo existencial à dignidade humana (*Würde des Menschen*), que não é apenas um direito fundamental, mas o fundamento dos direitos fundamentais (*der Grund der Grundrechte*).

6) Of. O. BACHOF, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechts lehrer*, 1954, v. 12, p. 42; R. SCHOLZ, *op. cit.*, p. 45; H. P. IPSEN, "Gleichheit", in: NEUMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER, *Die Grundrechte*, cit., p. 173; P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein, Athenäum, 1980, p. 190; TIPKE, *Steuerrecht*, Köln, O. Schmidt, 1985, p. 33.

7) Cf. TIPKE, *op. cit.*, p. 33; MICHELMAN, *op. cit.*, p. 35; G. GUNTHER, *op. cit.*, p. 588.

8) Cf. MICHELMAN, *op. cit.*, p. 9; E. R. HUBER, "Vorsorge für das Dasein", *Festschrift für E. Forsthoff*, 1972, p. 163.

9) Cf. MICHELMAN, *op. cit.*, p. 23; G. GUNTHER, *op. cit.*, p. 588.

10) *Op. cit.*, p. 9 e 33.

11) Cf. ISENSEE, "Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers", *Die Öffentliche Verwaltung* 1982, p. 615; J. RIVERO, *Les Libertés Publiques*, Paris, PUF, 1984, p. 22; E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1953, p. 691.

12) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, p. 413: "O direito que corresponde à imunidade é direito de *status negativus*, como são os direitos da liberdade"; DÜRIG, *op. cit.*, art. 1.º, Rdnr. 44, fala em garantia do mínimo existencial como imunidade tributária (*Gewährleistung des Existenzminimums als steuerfrei*).

13) A. BALEEIRO *Direito Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 585, não a considerava imunidade mas "apenas princípio programático, que, por não ser auto-executável, dependeria sempre de lei do Estado".

14) Cf. RUI BARBOSA, *Relatório do Ministro da Fazenda*. Obras Completas, v. XVIII, 1891, tomo III. Rio de Janeiro, MEC, 1949, p. 62: "Considero absoluta a necessidade de não submeter à ação do imposto direto o mínimo necessário à existência (Existenzminimum), nas classes mais desfavorecidas. Certamente esse mínimo, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável. Mas há possibilidade de apreciações aproximativas, que financeiros e legisladores têm considerado suficientes, para dar satisfação, ao menos relativa, às exigências da equidade"; TIPKE, *op. cit.*, p. 55: "O mínimo existencial familiar é um tabu para o poder fiscal. É garantido pelos arts. 1, I; 6, I; 14; 20 da Constituição" (*Das familiäre Existenzminimum ist für Steuergewalt Tabu. Es wird garantiert durch Art. 1, I; 6, I; 14; 20 GG*).

15) Cf. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 407; ISENSEE, "Die verdrängten Grundpflichten...", *cit.*, p. 617.

16) Cf. TIPKE, *op. cit.*, p. 55: "A capacidade contributiva só começa para lá do mínimo existencial" (*Die steuerliche Leistungsfähigkeit beginnt erst jenseits des Existenzminimums*); G. CASADO OLLERO, "El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta", *Civitas* 1982, v. 34, p. 196: "... la capacidad susceptible de tributación debe situarse entre el mínimo de existencia y el máximo no confiscatorio, exigencias ambas que constituyen presupuestos y límites de imponibilidad."; E. W. BÜCHENFÜRDE, "Steuergerechtigkeit und Familienlastenausgleich", *Steuer und Wirtschaft* 1986, p. 336; M. Lehner, "Abzug des Grundfreibetrages von der Bemessungsgrundlage oder von der Steuerchuld?", *Steuer und Wirtschaft* 1986, p. 59; D. BIRK, *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Masstab der Steuernormen*, Köln, Peter Deubner Verlag, 1983, p. 55.

17) Cf. CZUB, *Verfassungsrechtliche Gewährleistungen bei der Auferlegung steuerlicher Lasten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, p. 142.

18) Cf. J. P. MÜLLER, *Elemente seiner schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern, Verlag Stampfli, 1982, p. 66; G. CORSO, "I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1981, p. 755; RIVERO, *op. cit.*, v. 1, p. 25; COLLIARD, *Libertés Publiques*, Paris, Dalloz, 1982, p. 774; K. STERN, "Von den Bedingungen der Freiheit", in: E. DENNINGER (Ed.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, p. 290: "Um certo quantum à assistência social (*staatlicher Daseinsvorsorge*) é indispensável; é pré-condição da liberdade (*Vorbedingung der Freiheit*); J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Liv. Almedina, 1983, p. 203.

19) H. P. IPSEN, *op. cit.*, p. 173; R. SCHOLZ, *op. cit.*, p. 35; H. P. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 33; BACHOF, *op. cit.*, p. 42; DÜRIG, *op. cit.*, art. 1.º, Rdnr. 44, fala de direito subjetivo à assistência social (*subjektives öffentliches Recht auf Fürsorge*); NIPPERDEY, *op. cit.*, p. 6, traduz o *status positivus* no direito a um mínimo de bens materiais (*Recht auf ein Mindestmass an substantiellen Gütern*).

20) Cf. H. J. CZUB, *op. cit.*, p. 128; SCHOLZ, *op. cit.*, p. 513; J. KAISER, "Die Verfassung der öffentlichen Wohlfahrtspflege", *Festschrift für U. SCHEUNER*, 1973, p. 245.

21) Na Suíça os tribunais negaram o direito à educação superior gratuita (Cf. J. P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 65). Na Alemanha foi reconhecido como fundamento no princípio da liberdade de profissão (cf. P. TETTINGER, "Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1983, v. 108, p. 127).

22) Cf. C. H. PRITCHETT, *Constitutional Civil Liberties*, N. Jersey, Prentice-Hall, 1984, p. 333.

23) Cf. J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin, Walter de Gruyter, 1983, p. 22.

24) Cf. RICARDO LOBO TORRES, *Sistemas Constitucionais Tributários*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 596.

25) Cf. SCHEUNER, "Staatszielbestimmungen", in: M. FRIEDRICH (Ed.), *Verfassung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, p. 513; ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, cit., p. 34; CZUB, *op. cit.*, p. 141; RIVERO, *op. cit.*, p. 124.

26) No projeto da nova Constituição do Brasil vem declarado que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo" (art. 212, § 1º).

27) Cf. BADURA, "Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland", *Der Staat* 1975, v. 14, p. 26; R. ARON, *Essai sur les Libertés*, Paris, Calmann — Lévy, 1985, p. 129.

28) A "reserva do possível" é tradução da expressão *Vorbehalt des Möglichen* cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (BVerGE 33, p. 303, 333) e adotada pela doutrina na germânica: ISENSEE, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", cit., p. 381; BADURA, *op. cit.*, p. 36. Vem sendo utilizada pelos autores portugueses: J. C. VIEIRA

DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 201; J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Liv. Almedina, 1981, p. 194.

29) ISENSEE, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", *cit.*, p. 372 diz que as prestações sociais dependem da "soberania orçamentária do legislador" (*Haushaltssouveranität des Gesetzgebers*).

30) Cf. J. P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 66; G. CORSO, *op. cit.*, p. 762.

31) Cf. RE 85.485, Ac. da 2º T. do STF, de 26.10.76, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 81/249; RE 93.178, Ac. da 2º T. do STF, de 10.4.81, Rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 98/474.

32) Cf. *Griffin v. Illinois*, 351 US 12 (1956); *Douglas v. California*, 372 US 353 (1963).

33) Cf. *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971).

34) Cf. *United States v. Kras*, 409 US 434 (1973).

35) Cf. *Ross v. Moffitt*, 417 US 600 (1974).

36) Cf. *Ortwein v. Schuab*, 410 US 653 (1973)

37) A doutrina americana defende a maior extensão da garantia constitucional, alegando ser injusto estabelecer critérios de aferição de pobreza que humilhem os pobres (MICHELMAN, *op. cit.*, p. 29), afirmando que retirar de uma pessoa o direito de ter os seus interesses examinados em Juízo equivale a tratá-la como um objeto e não como cidadão participante (KENNETH KARST, "Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review* 1977, v. 9 (1), p. 29), ou denunciando o "Triumph of the State Fisc" (L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1981, p. 118 e 1122).

38) Repr. 1077, Ac. do Pleno, de 28.3.84, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 112/34.

39) Memorial Hospital v. Marlcopta County, 415 US 250 (1974).

40) Cf. J. P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 67; MICHELMAN, *op. cit.*, p. 39; M. PERRY, *The Constitution, The Courts and Human Rights*, New Haven, Yale University Press, 1982, p. 158.

41) M. PERRY, *op. cit.*, p. 146 e seguintes; FLETCHER, "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", *The Yale Law Journal*, 1982, v. 91/41, p. 637.

42) "O Acesso à Cultura como Direito de Todos. Tese. Rio de Janeiro, V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1974, p. 31.

## precatório Judiciário na Constituição de 1988

Milton Flaks

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO — I) Introdução. II) Instituto do precatório: origem e evolução. III) Texto constitucional vigente. IV) Créditos de natureza alimentícia. V) Obrigatoriedade do pagamento. VI) Correção monetária. VII) Fases do processamento. VIII) Seqüestro.

### I — INTRODUÇÃO

1. Instituído como "centro comum de irradiação da vontade social preponderante" (DEL VECCHIO), com o próprio Estado nasceu o permanente conflito entre soberania e direitos individuais, dramatizado pelos constantes abusos de poder.

Como reação aos desmandos do absolutismo, espíritos liberais procuraram criar fórmulas capazes, ao menos, de reduzir ou conter o poder estatal. Lentamente, a partir do Século XVIII, firmou-se o conceito de *Estado de direito*, que assenta na separação das funções legislativa, administrativa e judiciária, confiadas a órgãos independentes e harmônicos entre si, exercendo recíproco controle; na autolimitação do Estado, mediante um conjunto de normas que reconhece e às quais voluntariamente se subordina; e na submissão de todos os poderes ao império da lei<sup>(1)</sup>.

CHIOVENDA assinala as gradativas conquistas liberais, primeiro distinguindo, no Estado, o *ius imperii* do *ius gestionis*, para obter, mesmo nos regimes absolutistas, que se curvasse à Justiça ordinária, em matéria estranha ao conceito de soberania; depois, ao sobrepor a lei ao próprio Estado, "considerando como atividade regulada e vinculada também a atividade meramente pública"<sup>(2)</sup>.

2. Conquista subsequente, que se deve à influência das decisões do Conselho do Estado francês no moderno ordenamento jurídico dos povos civilizados, foi a gradativa ampliação do conceito de *responsabilidade civil* da Administração, por atos lícitos ou ilícitos de seus agentes, sempre que causem dano injusto aos administrados<sup>(3)</sup>.

Pode-se dizer que a doutrina da "irresponsabilidade estatal" (*sovereign can do no wrong*) está inteiramente superada, visto que, os dois últimos países que a sustentavam, passaram a admitir que demandas indenizatórias, provocadas por atos de agentes públicos, possam ser dirigidas diretamente contra a Administração: Inglaterra (*Crown Proceeding Act*, de 1947) e Estados Unidos da América (*Federal Tort Claims Act*, de 1946).

3. Não obstante tais progressos, continua a desafiar a criatividade de juristas e legisladores o modo de tornar efetivas as sentenças