

O MÍNIMO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A SUA CONCRETIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES EM PARALELO À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL - TJRS

THE EXISTENTIAL MINIMUM IN THE PRIVATE RELATIONS AND ITS IMPLEMENTATION BY THE JUDICIARY: CONSIDERATIONS IN PARALLEL ANALYSIS TO THE CASE LAW OF THE COURT OF RIO GRANDE DO SUL - TJRS

Jorge Renato dos Reis¹

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno/Itália

Iuri Bolesina²

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc

RESUMO: A partir das premissas do constitucionalismo contemporâneo no Estado Democrático de Direito, tenciona-se o debate sobre a aplicação do mínimo existencial nas relações jurídicas interprivadas sob a lógica da constitucionalização do direito civil. Assim, por meio de uma abordagem fenomenológica, analisou-se, inicialmente, o fenômeno da constitucionalização do

¹ Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul - FISC, Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc, Professor colaborador da Scuola di Dottorato in Diritto Tulio Ascarelli da Università Degli Studi di Roma TER - Itália, Coordenador do projeto de pesquisa "O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo" e do projeto de pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado", vinculados ao CNPq.

² Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED, Integrante do Grupo de Pesquisa "Intersecções jurídicas entre o público e o privado", coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq, Professor das disciplinas de Direito Constitucional e Introdução ao Estudo do Direito, Advogado. E-mail: iuribolesina@gmail.com.

direito privado, realizando-se uma análise histórica e teórica deste movimento jurídico, dedicando destaque ao cenário brasileiro. Ato contínuo, trabalhou-se com o instituto jurídico do mínimo existencial, visando a esclarecer a sua origem, o seu conceito e a sua estrutura, sinalizando-o como direito fundamental autônomo, bem como a sua vinculação direta com a máxima de uma “vida condigna”. Em um terceiro momento, abordou-se a possibilidade de aplicação do mínimo existencial nas relações interprivadas, sublinhando-se que isso pode ocorrer de modo pré-violatório e pós-violatório. Ainda neste espaço, realizou-se uma concisa análise à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de verificar em que medida a concretização do mínimo existencial nas relações privadas estava ocorrendo e sendo tutelada por este Tribunal. Ao fim, conclui-se que o mínimo existencial é plenamente aplicável às relações interprivadas, como corolário lógico da constitucionalização do direito civil e em respeito à dignidade da pessoa humana, assim como que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhece essa situação, não obstante tendo a concretizá-la por meio de outros institutos jurídicos, resguardando o “mínimo existencial” para casos mais específicos e peremptórios.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do direito privado; mínimo existencial nas relações interprivadas; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT: *From the premises of Contemporary Constitutionalism in the Democratic State, intends to up the debate about the implementation of the existential minimum in the legal relations between private under the logic of constitutionalization of civil law. Therefore, through a phenomenological approach, initially analyzed the phenomenon of constitutionalization of private law, performing a historical and theoretical analysis of this legal movement, devoting particular emphasis to the Brazilian scenario. Immediately, worked with the legal institute of the existential minimum, to clarify its origin, concept and structure, flagging it as an autonomous fundamental right as well as its direct linking with the maximum of a “dignified life”. In a third time, addressed the possibility of application of the existential minimum in the private relations, stressing that this may occur in pre/post-violation. Also in this space, accomplished a concise review of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, in order to ascertain to what extent the implementation of the existential minimum in private relations was occurring and being tutored by this court. At the end, conclude that the existential minimum is fully applicable to privates relations, as a logical corollary of the constitutionalization of civil law and respect for human dignity, as well as the Court of Justice of Rio Grande do Sul recognizes this situation, nevertheless tends to concretize through other legal institutes, reserving the “existential minimum” for more specific and peremptory cases.*

KEYWORDS: *Constitutionalization of private law; the existential minimum in the legal relations between private; Court of the State of the Rio Grande do Sul.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Notas sobre a constitucionalização do direito privado; 2 O mínimo existencial: origem, conceito e estrutura; 3 O mínimo existencial nas relações interprivadas: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Notes about the constitutionalization of private law; 2 The existential minimum: origin, concept and structure; 3 The minimum existential in the private relations: considerations in parallel to the case law of the Court of Rio Grande do Sul - TJRS; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito privado impõe, primeiramente, o reconhecimento e a aplicação da Constituição nas relações privadas, e a releitura das regras e dos princípios do direito civil sob a matiz do constitucionalismo contemporâneo. Isso traduz-se, na realidade, no surgimento de uma nova lógica no direito privado, o qual passa a ser alimentado de forma constante por praticamente toda teoria aplicável aos princípios e aos direitos fundamentais, o que engendra uma ampla revisão e um corriqueiro surgimento de leituras constitucionais-civis e vice-versa. É uma dessas leituras que se pretende neste texto.

Assim, sob essa perspectiva, na primeira parte do presente estudo buscar-se-á realizar uma digressão sobre aspectos contemporâneos da constitucionalização do direito privado, sem olvidar, todavia, a necessária contextualização histórica. Será neste primeiro momento que se trabalhará com os fenômenos jurídico-teóricos que conduziram ao direito civil constitucionalizado, sendo eles, em sentido amplo, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de suas disposições, a releitura da interpretação jurídica e a vinculação dos particulares às teses próprias do regime geral dos direitos fundamentais.

Ao seguir, debruça-se sobre o mínimo existencial. Almejando-se o esclarecimento de sua origem, do seu conceito e de sua estrutura normativa. A investida justifica-se, pois possibilitará a verificação da aplicabilidade do mínimo existencial nas relações jurídicas entabuladas entre os particulares. Também neste íterim é que se pretende denunciar as diferenças e as confusões realizadas entre as ideias de mínimo existencial e de mínimo vital, com fito a esclarecer que se tratam de figuras jurídicas distintas.

Na parte última deste texto, avança-se para o debate sobre a aplicação do mínimo existencial nas relações interprivadas, no sentido de esclarecer e elucidar

tal possibilidade. Em paralelo, realiza-se uma análise crítica à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelas chaves “mínimo existencial” e “dignidade humana”, alternadamente, a fim de perceber como se dá (se é que ocorre) a aplicação do mínimo existencial em casos envolvendo partes privadas. Ao final deste momento, intenta-se aclarar os sentidos pré-violatório e pós-violatório que pode assumir a concretização do mínimo existencial nas práticas interprivadas judicializadas e não judicializadas.

1 NOTAS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O direito privado, ao longo de sua história moderna (a partir do Estado Liberal de Direito), perpassou por três fases distintas: a primeira, ao longo do contexto do(s) Estado(s) Liberal(is) de Direito, em que o direito público e o direito privado raramente se encontravam, e, quando isso acontecia, era em razão de o Estado estar interferindo supostamente de modo injustificado no espaço privado; a segunda, no acontecer do(s) Estado(s) Social(is) de Direito, quando o direito privado começa a sofrer sutis interferências do direito público, diante dos movimentos em prol de justiça social e distributiva; e a terceira, a partir do desvelar do(s) Estado(s) Democrático(s) de Direito, quando a Constituição, em vista do constitucionalismo contemporâneo, alcança seu ápice jurídico, tornando-se a premissa de validade para o direito privado³.

Esse movimento histórico e teórico fez com que, se no passado o Código Civil era a norma fundamental das relações privadas, contemporaneamente o Código Civil e as leis desta natureza acabam sendo legislações privilegiadas nas relações interprivadas, porém tendo a sua validade condicionada pela sua adequação constitucional. Esta conclusão é o resultado do processo de constitucionalização do direito no século XX⁴. Neste sentido, a constitucionalização do direito privado é corolário da constitucionalização do direito como um todo, em uma relação direta de causa e efeito.

Essa linha traz consigo novas implicações na relação entre o direito civil e a Constituição, isto porque, classicamente: a) a Constituição tinha como

³ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 356.

⁴ FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 94-95.

escopo a regulação do âmbito público, das relações do Estado e do Estado com o particular (lógica “vertical”), mas não intervinha na vida privada dos cidadãos; b) a função de regramento para as relações privadas reservava-se ao Código Civil ou, eventualmente, a determinada lei ou microsistema que se consubstanciava com o Código, de modo que a aplicação da Constituição sobre as relações privadas, limitando ou dirigindo a vontade das partes, representava, em princípio, uma violação à liberdade e à autonomia privada; c) a interpretação se dava, *grosso modo*, sob a perspectiva do positivismo legalista e, posteriormente, do positivismo normativista, como subsunção ou como opção da vontade do julgador, respectivamente⁵.

Atualmente, (“a” e “b”) a Constituição se assenhora de toda e qualquer relação, inclusive as de cunho particular, de sorte que mesmo convenções de pessoas privadas são por ela tuteladas (lógica “horizontal”⁶), podendo ser, se for o caso, anuladas ou retificadas para a adequação constitucional. A dignidade da pessoa humana ganha destaque, tal qual a sua concretização, de modo que foi preciso reconhecer que não é apenas o Estado que viola/afeta o direito fundamental de um particular, pois outro particular também o pode violar, ou seja, o problema da violação é o mesmo, apenas a figura do agressor é que se altera, daí porque a Constituição passa a ser um norte privilegiado nas relações particulares⁷. Logo, o Código Civil (e os estatutos e as legislações esparsos) permanece sendo uma fonte importantíssima da expressão do direito aplicável às relações privadas, mas não é a única, sequer a mais valiosa fonte, tendo em vista que tal posto cabe à Constituição. Também, (“c”) a constitucionalização do direito

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-33.

⁶ “[...] a expressão ‘eficácia horizontal’ têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor do poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia diante de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade. [...] optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título de ‘eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares’ ou mesmo ‘vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais, por traduzir de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 114)

⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 222.

civil propõe uma nova hermenêutica, confiando na primazia dos princípios e dos direitos fundamentais para a adequada interpretação e resolução dos casos concretos, abarcados ou não na legislação, indo de encontro, em certa medida, com a “tradição” subjuntiva e exegeta própria do antigo modelo⁸. Ademais, isto faz com que a ideia de “lacunas jurídicas” seja enfraquecida, já que o conteúdo não rígido dos princípios e direitos fundamentais anotados na Constituição viabiliza decisões sem a necessidade de uma previsão legislativa específica.

A história da constitucionalização do direito (a qual ainda se constrói) pode ser condensada como o processo que, diante de fatos históricos, confluiu interesses políticos e jurídicos à apreciação das Constituições como documento jurídico-político de maior grau hierárquico na ordem jurídica e que, justamente por isso, acaba sendo o referencial obrigatório para a criação e interpretação das leis e dos atos sob ela praticados. Tal cenário se estrutura notadamente a partir do resultado dos julgamentos de Nuremberg (entre 1945 e 1946), que oportunizou uma virada ideológica política e jurídica⁹, viabilizando o nascimento do Estado Democrático de Direito e do fortalecimento da noção de dignidade da pessoa humana (e dos direitos fundamentais, por lógico).

A nova perspectiva democrática e plural do Estado, aliada ao reconhecimento em nível constitucional da dignidade da pessoa humana, trouxe nova tônica aos direitos fundamentais e empoderando a efetivação de teorias jurídicas que são hoje elementares na adequada aplicação do direito civil¹⁰. Entre estas teorias podem-se citar a força normativa da Constituição¹¹, a eficácia irradiante da Constituição¹² e o dever de proteção aos direitos fundamentais¹³, a aplicação

⁸ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2-3.

⁹ É interessante refletir que, efetivamente, não foi o regime nazista em si que possibilitou a reestruturação da política e do direito. Não fosse o resultado dos julgamentos de Nuremberg, muito pouco se teria evoluído em termos constitucionais.

¹⁰ “Diz-se, com algum exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe.” (LÓBO, Paulo. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 100, 1999)

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

¹² Faz-se referência ao emblemático “caso Lüth” (BVerfGE 7, 198), disponível na íntegra em MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. p. 381-394.

¹³ Faz-se referência aos julgamentos sobre a autorização e regulamentação do aborto (BVerfGE 39, 1 - 1975 e BVerfGE 88, 203 - 1993), disponível na íntegra em MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos*

direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a oxigenação principiológica dos regramentos privados com base em “regras de conteúdo aberto”, a hermenêutica filosófica, assim como a releitura dos poderes/deveres da jurisdição constitucional. O conjunto destas teorias, quando aplicado no direito privado, forma o que Perlingieri¹⁴ – um dos mentores do direito civil constitucional – denomina de pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional.

No cenário brasileiro, foi notadamente com a Constituição Federal de 1988 que a epítetada “constitucionalização do direito privado” iniciou-se, sendo ratificada posteriormente pelo o Código Civil de 2002. Aliás, o advento do Código Civil de 2002, ao contrário do que propõe a visão conservadora no direito civil, não veio a sucumbir a “constitucionalização do direito privado” – diante de um “código mais atual do que a Constituição” –, já que, na realidade, o *novo* Código, em tese, nasce de acordo com a Constituição e de acordo com a Constituição deve ser aplicado¹⁵. Também as propostas de decodificação do direito privado – cujo um dos notáveis nomes é Irti¹⁶ – não prevaleceram. Efetivamente, não foram poucas (e quiçá ainda sejam por um punhado de juristas) as críticas à constitucionalização do direito civil que se pulverizaram em entendimentos sobre a “quebra” da segurança jurídica (em razão da aplicação direta dos direitos fundamentais e princípios constitucionais), violação da autonomia da vontade (diante do dever de proteção aos direitos fundamentais pelo Estado, principalmente) e paternalismo estatal, especialmente no âmbito jurisdicional (em face da tutela do Estado nas relações contratuais)¹⁷.

Nessa perspectiva é destacável que as críticas que subsistem com maior força – e com bons fundamentos para tanto – são aquelas vinculadas à discricionariedade judicial na aplicação dos princípios e direitos fundamentais de modo direto nas relações de direito civil, em virtude das posturas decisionistas

de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005. p. 266-293.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

¹⁵ LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

¹⁶ IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

¹⁷ REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autora. In: REIS, Jorge Renato dos et al. (Org.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 75-76.

dos julgadores. Tais objeções, pelas mesmas razões, não se limitam a este âmbito do direito, criando um cenário que é geral no direito contemporâneo¹⁸. É preciso atentar, portanto, que os problemas não residem nos processos de constitucionalização, mas, sim, na forma como os pressupostos deste fenômeno são manejados pelos aplicadores do Direito.

Em curtas linhas, a constitucionalização do direito privado, no Brasil ao menos, constitui-se (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas, (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional¹⁹.

Esse movimento jurídico consolidou fenômenos que foram resumidos nos títulos “despatrimonialização” e “repersonalização” do direito civil, os quais conduziram a inovações e a positivação de institutos no cenário civil, entre as quais o reconhecimento da solidariedade jurídica²⁰, da boa-fé objetiva²¹, da função social, do patrimônio mínimo²², entre outras. Ao lado disto, ocorreu a aproximação entre o público e o privado, criando-se espaços de intersecção, bem como a revisão da supremacia do interesse público sobre o interesse privado²³.

Igualmente, no eixo do que propõe o direito civil constitucionalizado, assume-se a máxima de que o direito não mais se confunde apenas com a lei²⁴,

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20-56. O autor faz um preciso inventário do que se afirma.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 306.

²⁰ REIS, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline. Constitucionalismo contemporâneo e princípio da solidariedade: intersecções jurídicas. *Anais do X Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, Santa Cruz do Sul, 2013.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242-243.

²⁴ “Cumpriram a lei, mas não observaram o direito. Lei é lei, direito é direito: essa é a lição magistral que se pode inferir dos julgamentos de Nuremberg. [...] A fonte do direito (por excelência) era a lei. Essa confusão foi desatada com o constitucionalismo, que enfoca o direito de forma muito mais ampla [...]”

sendo de rigor que se busque na solução dos casos concretos uma interpretação crítica e axiológica (constitucionalizada) da lei diante dos princípios e direitos fundamentais²⁵. Não bastasse isto, princípios constitucionais, como a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade, são vistos como o ponto de partida para toda produção legislativa e, posteriormente, como elementos-guias para o fechamento da interpretação, de modo que a hermenêutica jurídica foi reposicionada²⁶.

Quanto à aplicação dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas, no Brasil há certo consenso²⁷, sendo cada vez mais raras as posições que defendem a inaplicabilidade. O debate (de alguma forma) ainda se sustenta no “como” pode ocorrer a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁸. Por esta celeuma, pelo menos quatro vertentes de maior expressão são reconhecidas – a despeito de outras de menor expressão –, sendo elas: a da eficácia mediata, a da eficácia imediata, a doutrina da eficácia atenuada e a *state action*. No Brasil, a discussão foi amenizada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Especial nº 201.819/RJ, no ano de 2005, no qual assentou o entendimento de que a teoria acolhida contemporaneamente pelo ordenamento brasileiro é a da eficácia imediata²⁹.

(GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 45/46)

²⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 45.

²⁶ GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 283.

²⁷ Para todos, ver REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 7, 2007. p. 2033-2064.

²⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de lós derechos fundamentales: Las teorías y la pratica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 236.

²⁹ “A proposta da teoria da eficácia imediata é de que os direitos fundamentais devem operar seus efeitos diretamente sobre as relações particulares, sem a necessidade da intervenção legislativa autorizadora, com ressalvas aos casos em que o destinatário do direito subjetivo estampado na norma seja o poder público. Por assim dizer, reconhece que os direitos fundamentais são direitos subjetivos e objetivos qualificados de aplicação imediata (e simultânea) perante o Estado e a sociedade, além de contarem com o papel de supridores das lacunas do sistema jurídico que desde sempre desempenharam.” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais – Um estudo de caso. *Espaço Jurídico Jornal of Law*, Chapecó: Unoesc, v. 14, n. 2, p. 511-532, jul./dez. 2013, p. 513)

Vale consignar, por fim, em seguimento às linhas dos desafios apontados por Fachin³⁰, que a constitucionalização do direito privado impõe uma revisão de comportamentos (além da revisão das teorias), os quais se iniciam na vida em sociedade, perpassam o ensino jurídico e desaguam na prática jurídica. É interessante constatar que essas mudanças há tempos foram recepcionadas pelos estudiosos do direito constitucional como um caminho (muito) óbvio e necessário, decorrente do constitucionalismo contemporâneo. Se percebe daí que eventuais resistências na constitucionalização do direito privado são, na verdade, resistências à própria plenitude da Constituição.

2 O MÍNIMO EXISTENCIAL: ORIGEM, CONCEITO E ESTRUTURA

O (direito ao) mínimo existencial é um direito fundamental implícito na Constituição Federal, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. É tido como um instituto jurídico de conteúdo aberto, estando sempre vinculado às singularidades do contexto em que é percebido, muito embora concentre alguns elementos que devem ser vistos como universais, gerais e atemporais, de modo a se aplicarem a todas as pessoas, sem qualquer distinção, em todos os lugares e em todos os tempos. Justamente em razão disso é que o conceito de mínimo existencial, ao longo da história, sofre transformações de conteúdo e natureza, não obstante permaneça de modo mais ou menos fixo atrelado e deferente à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o mínimo existencial se configura em uma dupla dimensão: de um lado (no aspecto constitutivo³¹), conforta em seu âmago um conjunto de direitos reconhecidos ou não de forma expressa pelo Estado, sempre vinculados à dignidade humana³² e imprescindíveis para uma vida condigna; de outro lado (no aspecto substancial³³), se apresenta como baliza para a fruição desse conjunto

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12-13.

³¹ Aquilo que “forma” o mínimo existencial. Por exemplo: o direito à liberdade, à educação, etc.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277-278.

³³ O “quanto” deve ser entregue para a concretização do mínimo existencial. Por exemplo: quanta liberdade, quanta educação, etc.

de direitos para assegurar a vida condigna. Em ambas as dimensões há sempre que serem consideradas as questões de tempo, espaço e sujeito³⁴⁻³⁵.

A partir dessa conceituação é possível perceber que o reconhecimento (aspectoconstitutivo) e a concretização (aspecto substancial) do mínimo existencial são sempre variáveis, pois é impossível “estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial”³⁶. Daí porque se diga que no mínimo existencial existem diversos “mínimos existenciais”, pois ao tempo que se diz que o direito à alimentação e à autonomia privada (também) formam o mínimo existencial, igualmente se afirma que a quantidade de fruição desses dois direitos será diferente entre si e entre eles mesmos em diferentes contextos³⁷, “não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas)”³⁸.

Para exemplificar mais pontualmente, pense-se que o mínimo existencial no Brasil é “x” (um conjunto de direitos básicos para uma vida condigna), o qual conta em seu âmbito os direitos “y”, “w” e “z”. No Estado do Pará, a fruição deste mínimo existencial poderá ser “x + 1”, “x + 2”, ou mesmo “x”, ao mesmo tempo em que a fruição dos direitos “y”, “w” e “z” pode ser “y + 5”, “w + 2” e

³⁴ O conceito apresentado foi originalmente exposto em BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 23.

³⁵ Atenta-se para a precisa lição de Corinna Treisch (apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135), que destaca que tanto as necessidades materiais quanto as necessidades imateriais estão inseridas na ideia de mínimo existencial. Afirma o autor: “O mínimo existencial é a parte de consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural”.

³⁶ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

³⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 92.

³⁸ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

“z + 3” e ao mesmo tempo em que, em São Paulo, será “y + 2”, “w” e “z + 1”, em vista do contexto como excesso de chuva ou de seca, economia desenvolvida ou atrasada, frio ou calor intenso, índice maior ou menor de criminalidade. Agora, avançando, um cidadão no Estado do Pará, em razão de suas singularidades próprias (deficiência visual, por exemplo) necessitará da fruição de “y + 6”, “w + 3” e “z + 5”, enquanto que um cidadão no Estado de São Paulo, também por causa das suas singularidades pessoais (como uma doença rara), necessitará da fruição de um mínimo existencial de “y + 4”, “w + 2” e “z + 2”. Logo, a avaliação do mínimo existencial demandará a observação de elementos distintos e contextualizados (sociais, políticos, econômicos e jurídicos) no caso concreto, bem como monta distinta de recursos para a sua concretização³⁹.

Vê-se, pois, que o conteúdo da dignidade humana e do mínimo existencial não pode ser afixado tão somente no rol dos direitos fundamentais, tampouco ao seu núcleo essencial meramente, nem mesmo a gama dos direitos reconhecidos formalmente pelo Estado, já que é preciso um olhar dinâmico e aberto (mas não arbitrário) à infinitude de necessidades razoáveis que a dignidade humana reclama e que devem ser atendidas por meio do mínimo existencial. O mínimo existencial encerra em si, portanto, uma espécie de reserva jurídica de eficácia direta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas é preciso estar atento ao instituto e ao que aconteceu com ele no Brasil. A construção jurídica original e clássica do mínimo existencial se deu no seio do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁴⁰, sendo vinculada diretamente ao respeito, à garantia e à promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva de razoabilidade – daquilo necessário e razoavelmente exigível para uma vida condigna (e não meramente de uma vida). No Brasil, todavia, o mínimo existencial sofreu uma espécie de alteração (deturpação, mais especificamente) em sua teorização. A doutrina brasileira e mais incisivamente a jurisprudência trataram o mínimo existencial em números e não em termos de razoabilidade, como fazem a jurisprudência e doutrina germânica, de modo que algo que servia como limite (mínimo) à concretização da dignidade humana passou a ser manipulado como “tábua de salvação jurídica” para o atendimento e a

³⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 93.

⁴⁰ Nos julgamentos do BVerfGE 40, 121 - 1975 e do BVerfGE 82, 60 - 1990.

argumentação em casos de extrema vulnerabilidade ou perigo de perecimento⁴¹. Ocorre que, no Brasil, o mínimo existencial foi transformado em mínimo vital (ou mínimo de sobrevivência), o qual se presta para a proteção da vida humana, da sobrevivência física (digna ou não)⁴².

O resgate da real estrutura do mínimo existencial no Brasil está em plena operação e se pode dedicar especial relevância aos estudos e esforços de Sarlet⁴³, que de modo conspícuo vem encabeçando essa necessária revisão. Há que se distinguir, de acordo com a teoria das necessidades humanas⁴⁴, ao menos três níveis de necessidades e de satisfação destas. Primeiro, “a base”, onde reside o mínimo vital, ou seja, as carências vitais, de sobrevivência, e onde não importa, em um primeiro momento, a dignidade, mas sim a vida (comida nutritiva vem depois de qualquer comida para quem está morrendo de fome, por exemplo). Segundo, “o nível intermediário”, no qual se está a falar do mínimo existencial, no qual a sobrevivência está assegurada e agora se buscam os direitos e a fruição destes em quantidade e qualidade suficientes para o mínimo atendimento da dignidade humana em um contexto específico (por exemplo, em geral no Brasil, escolas com cadeiras, mesas e lousa em adequado estado de conservação e funcionais para o que se destinam e não uma escola com cadeiras estofadas, mesas retrateis e lousa digital). E, terceiro, “o padrão ideal”, que é um padrão utópico, que poucos Estados alcançaram, no qual há total satisfação das necessidades com plena dignidade ou a total satisfação de uma necessidade específica com plena dignidade (como o atendimento gratuito, integral, célere, qualitativo e individualizado de saúde, enquanto outros direitos necessários à dignidade humana permanecem no nível intermediário do mínimo existencial).

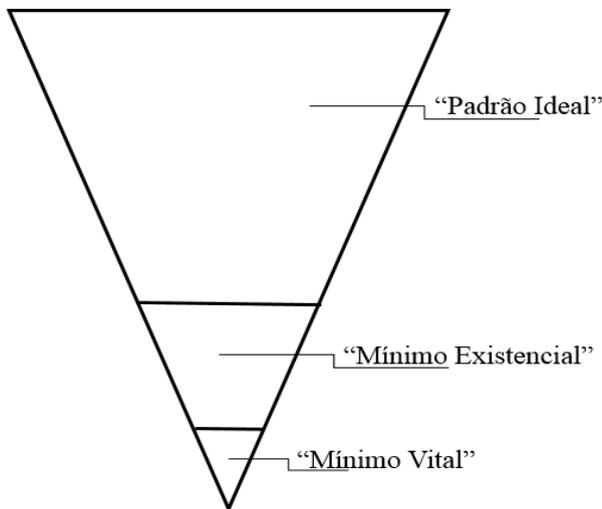
⁴¹ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 26.

⁴² “[...] as balizas do mínimo existencial serão sempre variáveis de acordo com o espaço e o tempo em que a teoria é aplicada, tornando-a, assim, uma teoria que, na prática, é dinâmica. De outro lado, o passo seguido pelo mínimo vital será sempre rígido, já que as necessidades humanas abrangidas por ele não são negociáveis: ou são supridas ou restará grave prejuízo.” (BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 34)

⁴³ SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti; BARCELLOS, Ana Paula et al. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴⁴ DOYAL, L.; GOUGH, I. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

Visualmente, o que se tem é uma pirâmide inversa, dividida em três andares, sendo que em cada andar há um conjunto de direitos e a quantidade e qualidade necessárias para o atendimento daquele andar, que, uma vez atendido, autoriza e fornece passagem para o andar superior:



Por fim, há que se destacar que o mínimo existencial pode/deve ser reconhecido como verdadeiro direito fundamental autônomo⁴⁵⁻⁴⁶, dotado

⁴⁵ Para Robert Alexy (Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 61), três são os requisitos para a configuração de um direito fundamental: 1) tratar de um interesse ou carência que pode e deve ser assegurado pelo direito; 2) que esse interesse ou carência seja possível de fundamentação jurídica; e 3) que esse interesse ou carência seja tão essencial que no caso de seu desrespeito ocorra um dano drástico (morte, sofrimento, violação da autonomia). No caso do mínimo existencial, vê-se que 1) trata de interesses afetos à dignidade e que, portanto, merecem ser assegurados pelo direito; 2) seu fundamento pode facilmente ser extraído dos princípios e das demais normatizações do direito já existentes - pelo menos em um Estado Constitucional e Democrático de Direito; e 3) o não atendimento do mínimo existencial confirma sempre um dano à dignidade humana, por vezes irreparável.

⁴⁶ Ricardo Lobo Torres (*O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 84) irá afirmar, em sentido contrário, se tratar de uma regra, pois, segundo o autor, se aplicaria por subsunção, por constituir direitos definitivos e não se aplicar ponderação. Por tudo que se disse até então, não se concorda com a sustentação do referido autor, notadamente pelo caráter mais "aberto" que possui o mínimo existencial, sempre dependente de uma avaliação criteriosa dos elementos contextuais fáticos. Em verdade, o mínimo existencial, não fosse um direito fundamental, estaria mais para princípio do que para regra.

de uma tríplice dimensão⁴⁷: 1) como direito fundamental que pode pleitear o atendimento de necessidades ligadas à dignidade da pessoa humana; 2) como o fundamento de novos direitos fundamentais ainda não reconhecidos formalmente pelo Estado; e 3) como fundamento para o reconhecimento e a concretização de “novas perspectivas”, ainda não amparadas pelo Estado⁴⁸, de direitos fundamentais já reconhecidos pelo Estado, aumentando-se, por decorrência direta, o seu campo de incidência (direito à educação pode, em uma nova perspectiva, englobar o direito à educação, à cibercultura e, a partir daí, exigir novas condutas do Estado e da sociedade)⁴⁹.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS: CONSIDERAÇÕES EM PARALELO À ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

A lógica do direito civil constitucionalizado impõe o reconhecimento e a aplicação dos princípios e direitos fundamentais nas relações interprivadas, tanto daqueles considerados explícitos quanto daqueles tidos com implícitos. Nesta via, não faria sentido, sequer se coadunaria com o constitucionalismo contemporâneo, advogar que apenas alguns direitos fundamentais fossem aptos a produzir efeitos nas relações civis, em detrimento de outros. Por ser um direito fundamental implícito na Constituição, ao mínimo existencial se aplica toda a teoria geral dos direitos fundamentais, de sorte que possui força normativa e eficácia direta, imediata e irradiante no ordenamento jurídico. Daí porque se entenda que o direito (fundamental) ao mínimo existencial se aplique nas relações jurídicas particulares. Seus efeitos, destarte, se irradiam por todo o ordenamento jurídico de forma imediata e direta, tal qual ocorre com os demais direitos fundamentais.

O mínimo existencial, enquanto direito fundamental autônomo, é capaz de assegurar tanto as dimensões objetivas e subjetivas próprias dos direitos

⁴⁷ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 61.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

⁴⁹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173.

fundamentais⁵⁰, ou seja, serve como vetor interpretativo e atua como direito pleno e imediatamente defensável. Tem como escopo, portanto, assegurar a dignidade humana nas relações interprivadas, já que é bastante claro que os particulares podem concretizar ou violar a dignidade de outros particulares, do mesmo modo que podem concretizar ou violar o mínimo existencial de outros particulares – conclusão que é herança do emblemático “caso Lüth”.

Essa linha conclusiva bastante lógica reforça a ideia de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e anota, por razões idênticas ao que se dá nestes direitos, o atrelamento dos particulares ao mínimo existencial que, em máximo resumo, representa a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana nas práticas jurídicas entre particulares⁵¹. Diante da constitucionalização do direito civil, seria disparate julgar razoável que os particulares pudessem, em suas relações, adotar condutas violadoras do mínimo existencial, violadoras, portanto, da dignidade humana.

Percebe-se que o reconhecimento do mínimo existencial nas relações interprivadas não se trata, meramente, de mais uma hipótese de responsabilização civil (advinda do dano à dignidade humana) ou de nulidade da conduta praticada. Reconhecer o mínimo existencial no âmbito do direito civil é equivalente a afirmar que qualquer relação perpetrada por particulares carece de determinadas ações ou omissões para que se tenha resguardado uma vida condigna⁵². É sempre memorável que o reconhecimento do mínimo existencial não se resume às ações estatais ou aos direitos sociais, uma vez que este direito persegue a concretização da dignidade humana, de sorte que nele também estão os direitos individuais e coletivos.

Nessa empreitada, o Poder Judiciário ganha especial destaque, agindo como *fiel* da adequação constitucional (pois não se deve esquecer que desde que o constitucionalismo contemporâneo se instalou no Brasil, todo ato de jurisdição é um ato de jurisdição constitucional⁵³) nas relações firmadas por particulares. Na verdade, há uma bifurcação: de um lado, a tutela jurisdicional, que poderá

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 38.

⁵¹ BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134-137.

⁵² BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 67.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, n. 18 (51), p. 134, 2004.

ser preventiva ou não; e, de outro lado, as condutas dos próprios particulares que também poderão ser preventivas ou não.

Nota-se que no Judiciário (bem como em alguns casos que não alcançam o Judiciário por serem resolvidos autonomamente entre as partes) a concretização do mínimo existencial entre particulares tende a ficar obscurecida por outros institutos jurídicos, de modo que a temática acaba somente sendo mais iluminada quando passa pela esteira do sentido pós-violatório, ou seja, quando se observa um dano já ocorrido, uma violação da dignidade da pessoa humana resultante da relação particular entabulada.

Uma pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou-se reveladora em termos de aplicação concreta do que ora se diz, já que o termo “mínimo existencial” é menos empregado do que expressões como “dignidade”, “boa-fé”, “solidariedade”, “respeito”, entre outras. Não obstante, a pesquisa⁵⁴ também demonstrou que o Tribunal gaúcho trabalha com o conceito de mínimo existencial de modo acertado, veiculando, em geral, à dignidade humana, em casos variados e em ambas as lógicas: pré e pós-violatória. Não obstante, tende a reconhecer e a aplicar o mínimo existencial nas relações interprivadas em que se apresentam casos mais específicos e peremptórios à dignidade humana (saúde, educação, liberdade), ao tempo em que situações menos talhantes à dignidade humana (mas ainda assim prejudiciais) são resolvidas por meio de outros institutos jurídicos.

Nos casos de empresas privadas ou de pessoas físicas nas suas relações em geral, são alguns exemplos reais disso o ajuste deliberado de cláusulas abusivas em contratos⁵⁵, a penhora de bem considerado essencial à dignidade do seu proprietário⁵⁶, o desrespeito aos limites e aos deveres de vizinhança⁵⁷, a veiculação de publicidade enganosa/abusiva⁵⁸, a colocação no mercado

⁵⁴ Utilizando-se das chaves de pesquisa “mínimo existencial” e “dignidade humana”, alternadamente.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70056368467, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.02.2014.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050513183, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 12.12.2012.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70025318239, Décima Nona Câmara Cível, Relatora: Mylene Maria Michel, Julgado em 16.12.2008.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050365329, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 06.09.2012.

de produtos inseguros nas relações de consumo⁵⁹ e os casos dolosos de responsabilidade civil, em geral engendrados pelo aviltamento dos direitos da personalidade⁶⁰.

Em todos esses casos (do senso da perspectiva pós-violatória), é comum referir uma violação à dignidade humana e a outras previsões específicas da legislação infraconstitucional, mas é igualmente comum olvidar que se violou a máxima de “vida condigna” e, portanto, que se violou o mínimo existencial. Tal “esquecimento” jurídico se dá muito pelo fato de se considerar o mínimo existencial como vinculado exclusivamente aos direitos sociais, bem como por ser equivocadamente julgado como equivalente ao mínimo vital. Daí porque seja farta e “segura” a jurisprudência quando trabalha com as hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, por exemplo.

Por outro lado, é necessário dedicar destaque especial aos deveres pré-violatórios em comparação aos deveres pós-violatórios⁶¹. Significa asseverar que as relações particulares devem ser pautadas por meios de se proteger e de se promover o mínimo existencial antes da ocorrência do dano⁶². Muito disto se dá por meio de institutos jurídicos eminentemente vivenciados no direito privado⁶³, como a boa-fé objetiva, a transparência contratual, o solidarismo, a afetividade, etc., que são praticados pelos particulares antes do dano (ainda que eles não saibam que estão se valendo destes mecanismos jurídicos) e também pelo Judiciário ao trabalhar com as hipóteses de tutela antecipada ou agravo de instrumento. No sentido pré-violatório, o que se intenta é antecipar-se ao dano, evitando-o.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70058835257, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 27.03.2014; e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040083529, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 10.08.2011.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70045526217, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30.10.2013.

⁶¹ RUBIO, David Sánchez. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007. p. 14-30.

⁶² BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 68.

⁶³ Recordar-se a relativização do interesse público diante do privado, consoante ensina SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 103.

Nessa via, percebe-se, da análise jurisprudencial realizada, o questionamento se o mínimo existencial (o necessário para o respeito à dignidade de uma vida humana) está(va) sendo observado nos serviços de atendimento ao consumidor⁶⁴, na transparência e na boa-fé dos contratantes, notadamente em contratos de adesão⁶⁵, na entrega de bens como garantia⁶⁶ e, mais modernamente, no uso das redes sociais e na veiculação/trânsito de (praticamente todos) direitos de personalidade nelas⁶⁷.

Nesses casos (do senso da perspectiva pré-violatória), o mínimo existencial age tanto como vetor de interpretação – aquilo que precisa ser *considerado* na relação privada para que a dignidade das partes seja resguardada – quanto como direito subjetivo hábil a produzir direitos e obrigações, ambos amarrados à dignidade humana – aquilo que precisa ser *(des)feito* na relação privada para que a dignidade das partes seja resguardada.

Por seu turno, nas hipóteses das empresas privadas que prestam serviços públicos⁶⁸, a verificação e aceitação do mínimo existencial é facilitada, já que estes serviços correspondem a atividades que, em regra, caberiam ao Estado, o qual, classicamente, era o único vinculado aos deveres impostos pelo mínimo existencial. São exemplos os seguintes casos apreciados pelo Tribunal de Justiça gaúcho: o fornecimento de energia elétrica⁶⁹ e água potável⁷⁰ obrigatoriamente, não bastando a alegação de falta de estrutura para tanto, assim como a adequação de loteamento “privado” aos serviços básicos essenciais para a

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70046739975, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 12.04.2012.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo Regimental nº 70058308859, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20.03.2014.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70055809826, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 26.09.2013.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70057670739, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10.12.2013.

⁶⁸ Recordar-se, aqui, a dificuldade de conceituar serviço público. Para um estudo aprofundado acerca do tema, indica-se RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público. Tese de Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo/RS, 2009.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70030155246, Primeira Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.05.2010.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70014427504, Terceira Câmara Cível, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 30.11.2006.

salvaguarda do mínimo existencial⁷¹. A partir disto, vale refletir igualmente se a atual forma de transporte público urbano prestado por empresas privadas respeita o mínimo existencial de seus passageiros diante dos casos diários de transporte de passageiros em pé⁷² e da não obrigatoriedade do uso de cinto de segurança – ambas hipóteses que majoritariamente são consideradas “normais” pela jurisprudência pátria.

Nota-se que, por uma coerência ao direito civil constitucionalizado, a concretização do mínimo existencial nas relações privadas pelos próprios particulares sintetiza-se em situações reais e diárias de respeito, proteção e promoção à dignidade humana e não dependem obrigatoriamente do Estado ou de sua legislação para a sua concretização⁷³. Evidentemente que a importância do Estado neste cenário é destacável, pois exerce ações elementares na tutela (pré/pós-violatória) da dignidade humana. Ademais, pensar na concretização do mínimo existencial nas relações privadas abrandando as lógicas patrimonialistas e legalistas clássicas do direito privado, aproximando-o das matizes do constitucionalismo contemporâneo.

É necessário advertir, contudo, que não se trata de “banalizar” a ideia de mínimo existencial ao diluí-lo igualmente nas relações interprivadas. Ao revés, visa-se a uma (re)leitura da concretização da dignidade humana na esfera do civil, no cotidiano incessante do privado. Esta perspectiva ataca a cultura passiva, limitada, de impotência em relação ao respeito, à proteção e à promoção da dignidade humana no espaço próprio de cada pessoa e nas relações diárias de cada particular, ao mesmo tempo em que questiona antigos dogmas advindos *do* e levados ao extremo *no* direito civil liberal, como a exegese, o legalismo, a autonomia privada e a igualdade meramente formal⁷⁴.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70054870910, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 11.12.2013.

⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Inominado nº 71003777711, 2ª Turma Recursal Cível, Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 24.10.2012.

⁷³ RUBIO, David Sánchez. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007. p. 30.

⁷⁴ “As Constituições liberais (no Brasil, as de 1824 e 1891) nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado coube apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional, de sujeitos de direitos formalmente iguais, abstraídos de suas desigualdades reais. Consumou-se o darwinismo jurídico, com a hegemonia dos economicamente mais fortes, sem qualquer espaço para a justiça social. Como a dura lição da história demonstrou, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de instrumento de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos

CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito privado surge como corolário da constitucionalização do direito, que foi fruto da confluência de interesses históricos, políticos e jurídicos. Em termos jurídicos, teorias como a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a força normativa e irradiante da Constituição, o dever de proteção, a construção da nova hermenêutica e a revisão dos poderes/deveres da jurisdição constitucional foram determinantes para a configuração deste cenário. Justamente em razão disto é que, contemporaneamente, a Constituição e as suas previsões são aplicadas de forma direta e imediata nas relações particulares.

Diante disso, atualmente há certo consenso de que a epítetada “constitucionalização do direito civil” constitui-se (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas, (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no Texto Constitucional. O direito civil passa a dever deferência à Constituição e, ao mesmo tempo, a se alimentar das teorias que a circundam, em especial quanto aos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Entre essas teorias está o mínimo existencial. Originário da jurisprudência alemã, foi importado para o Brasil, sofrendo nesta transição uma deturpação de sentido que praticamente o equiparou ao mínimo vital de forma equivocada. Hoje, resgata-se o sentido original da teoria que sempre esteve vinculada à dignidade da pessoa humana e à razoabilidade (e não à sobrevivência física). O mínimo existencial é uma figura aberta e cambiante no tempo e no espaço. Conforta em seu âmago um conjunto de direitos reconhecidos ou não de forma expressa pelo Estado, sempre vinculados à dignidade humana e imprescindíveis para uma vida condigna (no aspecto constitutivo); de outro lado, se apresenta como baliza de quantidade e qualidade na fruição desse conjunto de direitos para assegurar a vida condigna (no aspecto substancial). Sua estrutura normativa é de um direito fundamental autônomo e não se confunde com o mínimo vital ou com padrões ideais de direito.

que redundaram no advento do Estado Social.” (LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 101, 1999)

Por ser um direito fundamental implícito na Constituição, ao mínimo existencial aplica-se toda a teoria geral dos direitos fundamentais, de sorte que possui força normativa e eficácia direta, imediata e irradiante no ordenamento jurídico. É hábil, portanto, para produzir efeitos nas relações jurídicas interprivadas. A sua concretização – respeito, proteção e promoção – neste âmbito pode (e deve preferencialmente) se dar de modo pré-violatório, ou seja, antes do aparecimento de um dano, bem como de forma pós-violatória, quando se repara ou ameniza o dano sofrido. A partir disto, tanto o Estado quanto os particulares podem (e devem) concretizar o mínimo existencial.

Na seara estatal, a análise, por meio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstrou que o mencionado Tribunal tende a reconhecer e a aplicar o mínimo existencial nas relações interprivadas em que se apresentam casos mais específicos e peremptórios à dignidade humana (saúde, educação, liberdade), ao tempo em que situações menos talhantes à dignidade humana (mas ainda assim prejudiciais) são resolvidas por meio de outros institutos jurídicos.

Por uma coerência ao direito civil constitucionalizado, a concretização do mínimo existencial nas relações privadas pelos próprios particulares sintetiza-se em situações reais e diárias de respeito, proteção e promoção à dignidade humana, e não dependem obrigatoriamente do Estado ou da legislação para a sua concretização. Não se trata de “banalizar” a ideia de mínimo existencial ao diluí-lo igualmente nas relações interprivadas, mas sim de repensar a concretização da dignidade humana na esfera do civil, no cotidiano incessante do privado. Esta perspectiva trabalha com o espaço próprio de cada pessoa e nas relações diárias de cada particular, ao mesmo tempo em que questiona antigos dogmas advindos do e levados ao extremo no direito civil liberal, como a exegese, o legalismo, a autonomia privada e a igualdade meramente formal.

Por todo o exposto, aclara-se que o mínimo existencial é plenamente aplicável às relações interprivadas, como corolário da constitucionalização do direito civil e em respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, n. 18 (51), p. 127-150, 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70046739975, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 12.04.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70055809826, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 26.09.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70057670739, Sexta Câmara Cível, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 10.12.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo Regimental nº 70058308859, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 20.03.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70030155246, Primeira Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.05.2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70014427504, Terceira Câmara Cível, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 30.11.2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70054870910, Vigésima Câmara Cível, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 11.12.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70056368467, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 26.02.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70050513183, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 12.12.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70025318239, Décima Nona Câmara Cível, Relatora: Mylene Maria Michel, Julgado em 16.12.2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70050365329, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 06.09.2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70058835257, Décima Câmara Cível, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 27.03.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70040083529, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 10.08.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70045526217, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 30.10.2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Inominado nº 71003777711, 2ª Turma Recursal Cível, Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 24.10.2012.

DOYAL, L.; GOUGH, I. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Fundamentação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais – Um estudo de caso. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Chapecó: UNOESC, v. 14, n. 2, p. 511-532, jul./dez. 2013, p. 511-534.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 141, p. 99-109, 1999.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideú: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público. Tese de Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo/RS, 2009.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 7, 2007.

_____; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autora. In: REIS, Jorge Renato dos et al. (Org.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

_____; ZIEMANN, Aneline. Constitucionalismo contemporâneo e princípio da solidariedade: intersecções jurídicas. *Anais do X Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, Santa Cruz do Sul, 2013.

RUBIO, David Sánches. *Repensar derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: Las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.