

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: BREVES NOTAS SOBRE A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E OS LIMITES MATERIAIS DE ATUAÇÃO DO LEGISLADOR, COM DESTAQUE PARA O CASO DA ALEMANHA

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: BRIEF NOTES ABOUT THE EXISTENTIAL MINIMUM GUARANTEE AND THE SUBSTANTIAL LIMITS OF LEGISLATIVE ACTIVITY, WITH SPECIAL ATTENTION TO THE CASE OF GERMANY

*Ingo Wolfgang Sarlet*¹

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München)

*Giovani Agostini Saavedra*²

Doutor em Direito e Doutor em Filosofia pela Universidade de Frankfurt am Main (Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main)

RESUMO: O presente artigo explora as relações entre constitucionalismo e democracia, com especial atenção para a concretização da garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador. Em um primeiro momento, a relação entre constitucionalismo e democracia é desenvolvida a partir de uma análise das teorias de Jürgen Habermas e

Axel Honneth. Esse arcabouço teórico lança as bases de uma fundamentação da garantia do mínimo existencial que, em um segundo momento, é então analisada na perspectiva da sua operacionalidade na condição de limite material de atuação do legislador. Essa análise é desenvolvida com ênfase no caso da ordem jurídico-constitucional da Alemanha.

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS, Juiz de Direito no RS.

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado em Porto Alegre.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo – democracia – mínimo existencial

ABSTRACT: *This paper explores the relations between constitutionalism and democracy, with special attention to the definition of the minimum for existence and the substantial limits of the legislative activity. At first, the relation between constitutionalism and democracy is developed in the light of the theories of Jürgen Habermas and Axel Honneth. This theoretical ground is the bases for a justification of the minimum for existence guarantee, which is then, on a second step, analysed in the perspective of its operationality as a substantial limit to the legislator. This analysis is focused on the case of German constitutional and legal order.*

KEYWORDS: constitutionalism – democracy – existential minimum

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Constitucionalismo e o papel da democracia: a crítica habermasiana do “método Hércules”. 3 Sobre a necessidade de limites materiais à atuação do legislador: a contribuição de Axel Honneth. 4 A garantia do mínimo existencial como limite material para o legislador. 5 Considerações finais: democracia, mínimo existencial e justiça constitucional.

SUMMARY: *1 Introduction. 2 Constitutionalism and the role of democracy: the habermasian critique of “Hercules Method”. 3 The material legislative limits: the contribution of Axel Honneth. 4 Existential Minimum as material limit of legislator. 5 Conclusion: democracy, existential minimum and constitutional justice.*

1 INTRODUÇÃO

O pano de fundo teórico do debate internacional contemporâneo sobre constitucionalismo é formado basicamente a partir de dois confrontos teóricos em particular: (1) Comunitarismo e Liberalismo e (2) *Precommitment* and the *Paradox of Democracy* que também é denominado com os termos *Constitucionalismo e Democracia*³. Ao se posicionar perante este debate, Habermas mostra que as diferenças entre comunitarismo e liberalismo estão centradas basicamente na forma como essas posições concorrentes compreendem o processo democrático de formação da vontade e da esfera pública. Por outro lado, Habermas procura mostrar que o aparente conflito entre democracia e constitucionalismo não passa de aparência de conflito. Na verdade ambos estão intrinsecamente interligados em função da conexão interna entre Estado de direito e democracia⁴.

³ Elster, Jon; Slagstad, Rune (org.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

⁴ Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1999, p.277 e 293.

Parece, porém, que enquanto, por um lado, a teoria habermasiana avança no sentido de uma melhor compreensão do vínculo entre democracia e direito, por outro, ao centrar seus esforços nas condições de uma teoria procedimental comunicativa, essa teoria esvazia de tal forma a sua compreensão material e ética dos direitos fundamentais que eles passam a não estar em condições de proteger a formação da personalidade e da autonomia dos cidadãos. Com a intenção de suprir este déficit, surgiu no âmbito da filosofia social atual a teoria de reconhecimento, que se tornou internacionalmente conhecida principalmente pelos trabalhos de Charles Taylor⁵ e das *Tanner-Lectures* de Axel Honneth e Nancy Fraser⁶. Essa teoria parece levar a sério a crítica habermasiana da visão liberal e comunitarista de direito e democracia sem ao mesmo tempo abdicar de um pano de fundo ético. Exatamente por isso ela tem adquirido cada vez mais relevância no debate contemporâneo sobre direitos fundamentais e sobre os limites materiais de atuação do legislador, dado que ela parece oferecer o arcabouço teórico adequado para mostrar que o legislador sempre deve levar em conta a garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana na sua atividade legiferante. É, pois, justamente considerando o elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana⁷, que, ademais, dizem com necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, que, na sequência, se estará a examinar o assim designado mínimo existencial e sua relação com os direitos sociais, com destaque para a evolução no âmbito do direito constitucional alemão, especialmente considerando a recente decisão do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) sobre o tema e a sua conexão com a problemática da democracia e dos limites ao legislador.

2 CONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DA DEMOCRACIA: A CRÍTICA HABERMASIANA DO “MÉTODO HÉRCULES”

A tensão entre facticidade e validade é imanente ao direito e se manifesta no âmbito da jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e

⁵ Taylor, Charles. *A política do reconhecimento*. In: *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p.241-274.

⁶ Fraser, Nancy e Honneth, Axel. *Umverteilung oder Anerkennung. Eine politisch-philosophische Kontroverse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

⁷ Para uma mirada na perspectiva jurídico-constitucional, v., por todos, Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 8.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

o da pretensão de tomar decisões corretas. Ao princípio de segurança jurídica estão acoplados os problemas de justificação ou validade e aplicação da ordem jurídica. Se, de um lado, ele exige que as decisões jurídicas sejam tomadas de forma consistente no quadro da ordem jurídica estabelecida (aplicação), de outro, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões justificadas racionalmente (justificação ou validade). O problema está em como correlacionar esses dois momentos da decisão judicial, ou, em outras palavras: garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.

Habermas reconstrói a opinião de Dworkin como uma tentativa de solução deste problema. Em um primeiro momento Habermas tenta precisar a tese que Dworkin sustenta acerca da relação do direito com a moral. Dworkin entende que o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Habermas aceita esta tese, mas a reconstrói segundo a teoria discursiva do direito, ou seja, o direito entra em contato com a moral através do processo de formação democrática da legislação. Para melhor compreensão do argumento do autor, deve-se relembrar que Habermas sustenta o argumento de que na sociedade moderna se atingiu o nível de fundamentação pós-tradicional, logo a separação total entre direito e moral deve estar sempre presuposta⁸.

Segundo a interpretação Habermasiana da teoria de Dworkin, a utilização dos princípios no processo de aplicação do direito só é possível, porque eles foram inseridos como critérios de decisão, a partir do processo democrático de formação da legislação. Ao se transformarem em jurídicos, esses critérios adquirem um caráter deontológico. A constitucionalização dos direitos humanos seria um exemplo deste fato. Portanto Habermas não aceita que surjam “novos” princípios extraídos unicamente da necessidade de um processo de aplicação⁹. Para chegar a tal conclusão, Habermas precisa “domesticar” e “corrigir” alguns conceitos da teoria de Dworkin a fim de que esta seja reconstruída no marco de uma teoria discursiva. Somente desta forma a teoria de Dworkin se liberta de uma tendência à legitimação pelo procedimento. De fato, sem essas modificações, a teoria de Dworkin pode ser reconstruída a partir da teoria de Niklas Luhmann¹⁰, pois as dimensões de justificação e aplicação se fundem

⁸ Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp, 1998, p.250 e 256.

⁹ *Ibidem*, p.250, 256 e ss.

¹⁰ Saavedra, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, cap. 3 e 5.

em um sistema¹¹. A primeira correção se direciona ao juiz mítico de Dworkin: Hércules. Dworkin entrega o problema da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade do direito a uma teoria reconstrutiva do direito com pretensões fortes. Como se sabe, para realizar esta “empreitada”, Dworkin deve apelar para um juiz irreal com as forças sobrenaturais de um Hércules. Porém Hércules deve limitar a sua tarefa a uma reconstrução do direito vigente e não a uma construção própria do legislador político¹². Dessa forma, Habermas fundamenta a tese segundo a qual, no âmbito da aplicação, o direito deve guir-se apenas pelo direito. Ao inserir sua teoria no âmbito processual de aplicação do direito, a sua teoria do discurso de aplicação adquire feições características luhmanianas. A aplicação do direito deve ser imparcial, pois a “autorreflexão institucionalizada do direito serve à proteção individual do direito sob o duplo ponto de vista da justiça no caso singular, bem como da uniformidade da aplicação do direito e do aperfeiçoamento do direito”¹³. Portanto, à medida que o “discurso jurídico nasce do próprio processo, deve ficar isento de influências externas”¹⁴.

3 SOBRE A NECESSIDADE DE LIMITES MATERIAIS À ATUAÇÃO DO LEGISLADOR: A CONTRIBUIÇÃO DE AXEL HONNETH

A crítica de Habermas a Dworkin mostrou que a hermenêutica jurídica deve reconhecer-se limitada por um processo democrático de formação da legislação. Habermas procura mostrar que os discursos de aplicação envolvem apenas a adequação das normas jurídicas a casos concretos. Definir quais devem ser as normas válidas em uma determinada sociedade envolve, por outro lado, um complexo processo de debate público que não pode ser realizado pelo poder judiciário, pois os discursos de justificação e legitimidade do direito são função de uma esfera pública livre. Porém, o próprio Habermas sustenta que uma sociedade democrática depende da efetividade dos direitos fundamentais¹⁵ e da existência de relações sociais de reconhecimento¹⁶. Habermas, porém, vincula o

¹¹ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp, 1998, p.277.

¹² *Ibidem*, p.260.

¹³ Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, (Biblioteca Tempo Universitário, 101), p.294.

¹⁴ *Ibidem*, p.295.

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Kulturelle Gleichbehandlung – und die Grenzen des Postmodernen Liberalismus*. In: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. Berlin: Akademie Verlag GmbH, 2003, n.51 (3), p.369.

¹⁶ Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp,

conceito de reconhecimento de tal forma à sua ética do discurso que a simples participação livre na esfera pública parece ser suficiente para que as pessoas tenham preenchidas as suas expectativas de reconhecimento. Honneth entende que a expectativa de reconhecimento envolve uma série de elementos morais e éticos que não estão sendo levados em conta por Habermas¹⁷.

Segundo Honneth, o reconhecimento jurídico em sociedades tradicionais era baseado na noção social de *status*. O processo de aprendizado gradual orientado para a ampliação das relações de Reconhecimento, que desembocou no que hoje nós denominamos sociedade moderna, é responsável também por uma mudança fundamental nas relações sociais de Reconhecimento: o direito se diferencia do *status*. De fato, o direito em sociedades modernas precisa ser suficientemente geral e abstrato para estar em condições de considerar todos os cidadãos de forma isonômica¹⁸. Conforme Honneth, essa mudança social deve ser interpretada como uma diferenciação de duas esferas de Reconhecimento: na modernidade, a esfera jurídica do Reconhecimento diferencia-se daquela da valorização social (*soziale Wertschätzung*). Honneth, porém, não se mantém no nível puramente descritivo. Essa mudança ocorrida na modernidade representa, também, uma forma de evolução qualitativa social e moral:

“A partir de aquí, parece justificado entender el avance decisivo hacia el moderno orden social capitalista liberal como progreso moral, dado que la diferenciación de las tres esferas del reconocimiento, del amor, la igualdad jurídica y el principio del éxito iba acompañada por el incremento de las posibilidades sociales de individualización, así como el aumento de la inclusión social. Esencial para esta mejora cualitativa es, sobre todo, el hecho de que, con la separación del reconocimiento jurídico de la estima social, en el nivel más básico, pasara a primer plano la idea de que, de ahora en adelante, todos los sujetos deben tener la misma

1999, p.237-276.

¹⁷ Honneth, Axel, *Antworten auf die Beiträge der Kolloquiumsteilnehmer*, In: Halbig, Christoph; Quante, Michael, *Axel Honneth: Sozialphilosophie zwischen Kritik und Anerkennung*, Münster: Lit Verlag, 2004, p.102.

¹⁸ Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p.178 ss.

oportunidad de autorrealización individual mediante la participación en las relaciones de reconocimiento.”¹⁹

A luta por Reconhecimento (*Kampf um Anerkennung*) é compreendida como uma espécie de pressão social, a partir da qual novas dimensões de um mínimo existencial devem ser, permanentemente, pensadas e repensadas. Seguindo esse raciocínio, Honneth interpreta também a história do direito moderno como um processo de evolução orientado para a ampliação horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, Honneth reinterpreta o famoso estudo de Thomas Marshall, a partir de sua teoria do Reconhecimento: alguém só pode chegar ao ponto de compreender a si próprio como titular de direitos e, sobretudo, a agir de acordo, quando experimentar a proteção jurídica da sua esfera de liberdade contra intervenções opressivas da sua participação na formação racional da vontade pública e de uma mínima medida de condições sociais de vida²⁰. Daí resulta que o surgimento da ideia da dignidade da pessoa humana e das esferas dos direitos fundamentais explicita os fundamentos da nova forma jurídica do Reconhecimento:

“Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso.”²¹

A teoria de Axel Honneth está aliada à tradição de Hegel e G. H. Mead e demonstra que as condutas comunicativas e as formas de vida estão entrelaçadas com suposições recíprocas, com relações recíprocas de Reconhecimento, e que elas apresentam, portanto, um conteúdo normativo. Depreende-se de sua análise que a moral extrai, da forma e da estrutura perspéctica da socialização intersubjetiva intocada, um sentido genuíno e dependente do que é individualmente bom. As condições concretas de Reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica

¹⁹ Honneth, Axel, *Redistribución como reconocimiento. Um debate político-filosófico*, Madrid: Morata/Fundación Paideia Galiza, 2003, p.145.

²⁰ A esse respeito, ver: Honneth, Axel, *Luta por Reconhecimento, a gramática moral dos conflitos sociais*, São Paulo: Ed. 34, p.193.

²¹ *Ibidem*, p.193.

legítima, resultam sempre de uma luta por Reconhecimento. Essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto. Axel Honneth mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sobre os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual deve ser tratado de modo igual e aquilo que é diferente tem que ser tratado como diferente.

Honneth sustenta que a sua teoria do reconhecimento não pode ser identificada nem com a tradição liberal, nem com o Comunitarismo. A sua proposta teórica deve ser vista como uma terceira possibilidade que ele chama de *Conceito Formal de Vida Boa ou de Eticidade*²². A fundamentação deste conceito deveria esboçar formas pós-tradicionais de reconhecimento, cujo conceito deveria conter todas as condições intersubjetivas que hoje precisam ser preenchidas a fim de que os sujeitos possam realizar a sua concepção de vida boa²³. Com essa posição, Honneth pretende salientar que o conceito formal de eticidade não deve abranger somente a autonomia dos seres humanos, mas também as condições qualitativas de realização da vida boa. Honneth compartilha com a posição comunitarista a ideia de que é necessário sempre um conceito de vida boa como *Telos*, mas ele não pretende com esse conceito formal de eticidade desenvolver um tipo de *Ethos* de uma concreta comunidade de valores que se insere em uma determinada tradição. Esse conceito precisa, ao contrário, proteger de tal forma o atual pano de fundo moral das relações de reconhecimento, que o horizonte de uma sociedade permaneça aberto, a fim de que os seus cidadãos tenham a liberdade de desenvolver as diversas formas de realização do seu conceito de vida boa. Com esta forma de fundamentação, que fica sempre entre história e universalidade, sempre caminha junto o perigo de que esse conceito seja apenas uma interpretação de determinados ideais históricos de vida. Honneth acha que está em condições de evitar esse perigo, à medida que ele permite que da tradição do liberalismo ele conserve uma pequena intenção kantiana de formalidade. Por isso, o conceito de eticidade por ele desenvolvido precisa ser formal. Contra Kant, porém, esse conceito deveria ser, por outro lado, de tal forma material ou substantivo que com a sua ajuda seja possível aprender mais sobre as condições de realização da vida boa²⁴.

²² Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p.274 e ss.

²³ *Ibidem*, 275 e ss.

²⁴ *Ibidem*, 277 e ss.

Porém, a fim de que sua teoria não corra o risco de ser ahistórica, o conceito formal de eticidade precisa estar hermeneuticamente ancorado no presente²⁵. Portanto, com a frase de fechamento do seu livro *Kampf um Anerkennung*, Honneth deixa claro que é necessária uma limitação histórica desse tipo, a fim de que o conceito formal de eticidade seja concebido. As condições de realização do conceito de vida boa estão sempre ancoradas, portanto, nas condições oferecidas pelo presente de uma dada sociedade, que, ao mesmo tempo, já estabelecem o pano de fundo normativo a partir do qual se abre a possibilidade para o desenvolvimento de novas formas de reconhecimento²⁶.

Ainda neste contexto, é preciso recordar que uma concepção satisfatória de direitos fundamentais sociais somente pode ser obtida com relação a uma ordem constitucional concreta, pois o que é fundamental para uma sociedade pode não o ser para outra, ou não o ser da mesma forma, o que não afasta a necessidade de se considerar a existência de categorias universais (portanto, universalizáveis) no que diz com respeito à fundamentalidade de certos valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana, ainda que também esses valores careçam de uma adequada contextualização, especialmente quando se cuida de transformá-los em realidade. É, pois, justamente considerando o elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que ademais dizem com necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, que na sequência se estará a examinar o assim designado mínimo existencial e sua relação com os direitos sociais, com destaque para a evolução no âmbito do direito constitucional alemão, especialmente considerando a recente decisão do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) sobre o tema e a sua conexão com a problemática da democracia e dos limites ao legislador.

4 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITE MATERIAL PARA O LEGISLADOR

A vinculação dos direitos (fundamentais) sociais com o que passou a ser designado de uma garantia de um mínimo existencial é evidente, mas é igualmente evidente que também aqui há uma série de aspectos controversos que, já há algum tempo, integram a pauta das discussões a respeito dos direitos fundamentais. Entre nós, muito embora o tema não venha a ser exatamente novo,

²⁵ Ibidem, p.287.

²⁶ Ibidem, p.280 e ss.

não faz, contudo, muito tempo que tem sido objeto de estudos mais sistemáticos. Nesta seara, destaca-se a contribuição pioneira de Ricardo Lobo Torres, autor, ao que tudo indica, do primeiro ensaio especialmente dedicado ao tema no Brasil, publicado pouco após o advento da Constituição de 1988 na tradicional Revista de Direito Administrativo²⁷. Desde então, o próprio autor citado tem revisitado o tema, ampliando o horizonte de seus estudos e aperfeiçoando seu rico arcabouço argumentativo²⁸.

Adentrando desde logo este aspecto do tema, é possível afirmar que a noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial.

Com efeito, em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) - excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz com a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados propriamente direitos sociais) - a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, e no âmbito da praxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro publicista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por essa razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido

²⁷ Cf. Torres, Ricardo Lobo, "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", in: *Revista de Direito Administrativo*, n.177, 1989, p.20-49.

²⁸ Cf., Torres, Ricardo Lobo, *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.²⁹ Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.³⁰ Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, embora transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”³¹. Em que pese algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.³²

²⁹ Cf. O. Bachof, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, in: *VVDStRL* n.12 (1954), p.42-3.

³⁰ Cf. *BVerwGE* 1, 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24.06.1954.

³¹ Cf. *BVerfGE* 40, 121 (133).

³² Para tanto, v. *BVerfGE* 78, 104, reiterada em 82,60 e 87, 153. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental

Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.³³

Neste sentido, o que se afirma é que o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Europeia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.³⁴

Desenvolvendo os aspectos já referidos, a doutrina (mas também a jurisprudência) constitucional da Alemanha passou a sustentar que – e, em princípio, as opiniões convergem neste sentido – a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação.³⁵ A necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente.³⁶ Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios,

ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado. Recentemente, mais precisamente em 09.02.2010, sobrevoiu decisão do Tribunal (que teve por objeto o exame da constitucionalidade de alentada reforma da legislação social, a polémica Reforma Hartz-IV, com destaque para os valores pagos a título de seguro desemprego) igualmente afirmando o dever do Estado com a garantia do mínimo existencial e reconhecendo um direito subjetivo individual e indisponível correspondente. Para maiores detalhes, ver, entre outros, as anotações de Rixen, Stephan, in: *Sozialgerichtsbarkeit* 04/10, p.240 e ss.

³³ Neste sentido, a paradigmática proposição de um dos principais teóricos do Estado Social na Alemanha, Zacher, Hans-Friedrich, “Das soziale Staatsziel”, in: *Insense-Kirchhof (Org.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBSiR)*, v.1, Heidelberg, CF Muller, 1987, p.1062 e ss.

³⁴ Esta é a oportuna formulação de Neumann, Volker, “Menschenwürde und Existenzminimum”, in: *NVwZ*, 1995, p.425. Entre nós, trilhando perspectiva similar, excluindo a ideia de caridade e destacando que “o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda”, v.Ledur, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais, Eficácia no âmbito da democracia participativa*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.109 e ss.

³⁵ Cf. novamente e por todos, Neumann, Volker, op. cit., p.428-9.

³⁶ Cf. Starck, Christian, “Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen?”, in: STARCK, Christian (Org). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II (*BVerfG und GG II*), Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p.522.

não apenas no que diz com a esfera económica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento.³⁷

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.³⁸ Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.³⁹ Tal linha de fundamentação, em termos gerais e consoante com o já destacado, tem sido privilegiada também no direito constitucional pátrio, ressalvada especialmente alguma controvérsia em termos de uma fundamentação liberal ou social do mínimo existencial e em relação a problemas que envolvem a determinação do seu conteúdo⁴⁰, já que, não se há de olvidar, da fundamentação diversa do mínimo existencial podem resultar consequências jurídicas distintas, em que pese uma possível convergência no que diz com uma série de aspectos⁴¹.

Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, verifica-se uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico, que constitui, por compreender as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção

³⁷ Neste sentido, Breuer, Rüdiger, “Grundrechte als Anspruchsnormen”, in: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerfG, München: CH Beck, 1978, p.97.*

³⁸ Esta a lição de Neumann, Volker, op. cit., p.428 e ss.

³⁹ Cf. Scholler, Heinrich, “Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten”, in: *JZ 1980, p.676* (“wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”).

⁴⁰ Para além da paradigmática formulação de Ricardo Lobo Torres e da literatura já referida, vale conferir, ainda, o ensaio de Scaff, Fernando F. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: *Revista Interesse Público*, vol.32, 2005, p.213 e ss, aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres. Por último, v.Netto, Eurico Bitencourt, *O Direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁴¹ Neste sentido, embora não tenha adentrado este debate, a pertinente observação de Souza Neto, Cláudio Pereira, “Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais...”, p.308 e ss.

básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção - em termos de tendencial igualdade - na vida social e cultural⁴². Ao passo que - na Alemanha e segundo orientação doutrina e jurisprudencial prevalente - o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material⁴³.

Do exposto a partir da experiência germânica - que, à evidência, não foi é a única e também não é isenta de possíveis e importantes críticas, mas que seguramente, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante - resultam já pelo menos duas constatações de relevo e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subsequentes.

A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém succumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é - e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá, conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material⁴⁴.

⁴² Neste sentido, v.o recente relato. Soria, José Martínez, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, in: *JZ 13/2005*, especialmente p.647-48. Aliás, também na visão do Tribunal Constitucional Federal, como dá conta a decisão de 09.02.2010, tal concepção segue encontrando guarida.

⁴³ Cf., ainda, Soria, José Martínez, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, p.647-48.

⁴⁴ Cf. a decisão proferida no Acórdão n° 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por Vieira de Andrade, op. cit., p.403 e ss., e, mais recentemente,

Em que pese uma certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional, a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar essa obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidirem sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.⁴⁵ Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.⁴⁶ Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,⁴⁷ e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana, como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina⁴⁸ e da Colômbia⁴⁹. Entre

nós basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões judiciais, inclusive proferidas por Tribunais Superiores, nesse último caso, com destaque para a área da saúde⁵⁰.

É preciso frisar, por outro lado, que também no que diz respeito ao conteúdo do assim designado mínimo existencial, bem como no que diz respeito à sua proteção e implementação, existe uma gama variada de posicionamentos referentes às possibilidades e limites da atuação do poder judiciário nesta seara, de tal sorte que tal temática aqui não será especificamente examinada. De outra parte, mesmo que não se possa entrar em detalhes, firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável⁵¹. Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que se encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural. Notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem que seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital” (de mera sobrevivência física). De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana,

⁵⁰ V.aqui, entre outras e por todas, a decisão emblemática proferida pelo Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, paciente portador de HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzido à “promessa constitucional inconsequente”. Mais recentemente, entre muitos outros julgados que poderiam ser colacionados, v.a paradigmática decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, igualmente da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmando – embora não tenha havido julgamento do mérito – a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial.

⁵¹ Cfr. Sarlet, Ingo Wolfgang, “Dignidade da Pessoa Humana,...”, op. cit., p.59-60.

por Medeiros, Rui, anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa, in: Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.639-40.

⁴⁵ Esta a posição de Breuer, Rüdiger, op. cit., p.97, assim como, mais recentemente, Moreira, Isabel, A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Coimbra: Almedina, 2007, p.143 e ss. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Neste sentido, v.*BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Por último, v., no mesmo sentido, a decisão de 09.02.2010.

⁴⁶ Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

⁴⁷ Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença nº 113/1989, entendeu que “Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como limite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (in: Llorente, Francisco Rubio, (Org.). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*, Barcelona: Ed. Ariel, p.73). Já admitindo um direito às prestações vinculadas ao mínimo existencial, v.a já citada decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, na esteira de jurisprudência anterior, ainda que em princípio tímida e partindo da primazia da concretização pelos órgãos legiferantes.

⁴⁸ V. especialmente Curtis, Christian e Abramovich, Victor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2003, apresentando e comentando um expressivo elenco de casos envolvendo os direitos sociais e o mínimo existencial não limitado à experiência da Argentina.

⁴⁹ Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. Rodolfo Arango; Julieta Lemaitre (Dir.), *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, in: Estudios Ocasionales CIJUS, Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

que a despeito dos importantes pontos de contato não se confundem⁵², poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada elemento nuclear a ser respeitado e promovido⁵³, razão pela qual prestações básicas em termos de direitos culturais (notadamente no caso da educação fundamental) estariam sempre incluídas no mínimo existencial como, de resto – e mesmo por vezes seguindo uma fundamentação política e filosófica liberal – já vinha também sustentando importante doutrina nacional⁵⁴.

Dito isso, o que importa é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial depende de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos, o que agora não serão objeto de atenção mais detida.

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a

⁵² Sobre esta temática, remetemos igualmente ao nosso “Dignidade...” p.88-89, assim como, de modo especial, ao ensaio de Kloepfer, Michael, “Vida e dignidade da pessoa humana” in: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.), *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.153 e ss.

⁵³ V. por todos Peter Häberle, “A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, in: I.W. Sarlet (Org.), *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, especialmente p.116 e ss.

⁵⁴ Aqui se remete novamente aos aportes já referidos de Ricardo Lobo Torres. Adotando linha argumentativa próxima, v.Barcellos, Ana Paula, “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”, in: Torres, Ricardo Lobo (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.11 e ss., e, mais recentemente, da mesma autora, *A Eficácia dos Princípios Constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Em sentido diverso, privilegiando uma fundamentação a partir da teoria das necessidades, v.Leivas, Paulo G.C. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.129 e ss.

cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade⁵⁵.

Considerando a relevância deste ponto, inclusive no concernente ao trato da assim designada “eficácia horizontal” (mais apropriadamente versada como eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) dos direitos fundamentais, mas especialmente no tocante à relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais de um modo geral, é preciso recordar que não se endossa a tese de acordo com a qual o conteúdo em dignidade da pessoa humana equivale necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais⁵⁶. Com efeito, consoante com o já demonstrado em outra ocasião, não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana e, portanto, um conteúdo certo em dignidade.⁵⁷

O mesmo aplica-se aos próprios direitos fundamentais sociais (que – como demonstrado logo atrás – não se reduzem à dimensão prestacional, assim como não se limitam ao mínimo existencial) ainda mais em se considerando as peculiaridades e a extensão do elenco dos direitos positivados na Constituição de 1988. Assim, verifica-se que mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que esse núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade desses direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) esse conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente. Por outro lado, tal constatação não afasta a circunstância de que, *quando for o caso*, esse próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização em cada oportunidade

⁵⁵ Cf., por exemplo, seguindo esta linha argumentativa, Martins, Patrícia do Couto v.A. “A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico”, in: Garcia, Emerson, (Coord.), *A Eficácia dos Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.412 e ss., referindo-se, todavia, à noção de necessidades básicas como núcleo essencial dos direitos sociais (noção esta similar a de um mínimo existencial), núcleo este blindado contra medidas de cunho retrocessivo.

⁵⁶ Cf. demonstrado por Sarlet, Ingo Wolfgang, “Dignidade da Pessoa Humana...”, op. cit., p.118 e ss.

⁵⁷ V. neste sentido, Sarlet, Ingo Wolfgang, “Dignidade da Pessoa Humana, ...”, op. cit., p.77 e ss.

que se pretender extrair alguma consequência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto que merece destaque diz com o fato de que, tendo a própria garantia do mínimo existencial sido (como cláusula geral) implicitamente consagrada pela ordem constitucional brasileira, em diversas situações tal garantia acabou - inclusive antes mesmo da edição da vigente Constituição - sendo concretizada em algumas das suas dimensões pelo legislador infraconstitucional, o que ocorre, por exemplo, com a obrigação alimentar. Tal exemplo revela, por um lado, que a garantia do mínimo existencial já estava presente no constitucionalismo pretérito, até mesmo pelo fato de dizer com necessidades básicas da pessoa humana que, independentemente de uma previsão formal e expressa num texto constitucional, conectam-se (ou assim o deveriam) com a compreensão do conteúdo material do direito constitucional e dos direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de estar em causa a vida e a dignidade da pessoa e da vida humana.

De todo o exposto, há como extrair ainda outra constatação de relevo também para os desenvolvimentos subsequentes, qual seja a impossibilidade de se estabelecer de forma apriorística e, acima de tudo, de modo taxativo um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial⁵⁸. Evidentemente isso não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial⁵⁹.

⁵⁸ Ao mínimo existencial aplica-se, portanto - para deixar suficientemente enfatizado este ponto -, a noção de uma dupla função prestacional (positiva) e defensiva (negativa) de modo geral inerente aos direitos fundamentais em geral e aos direitos sociais em particular.

⁵⁹ É precisamente neste sentido que compreendemos a proposta de Barcellos, Ana Paula, op. cit., p.247 e ss., ao incluir no mínimo existencial a garantia da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça, pena de fecharmos de modo constitucionalmente ilegítimo (ou, pelo menos, problemático) o acesso à satisfação de necessidades essenciais, mas que não estejam propriamente vinculadas (pelo menos, não de forma direta) às demandas colacionadas pela autora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DEMOCRACIA, MÍNIMO EXISTENCIAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

À vista do exposto e buscando identificar algumas conexões entre os diversos segmentos da presente contribuição, notadamente para o efeito de enfatizar o vínculo entre democracia, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial, seja numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultural (precisamente o entendimento aqui adotado e que corresponde à concepção consagrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e ao que tudo indica na doutrina e jurisprudência brasileira), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia e limite dessa mesma democracia. Ao operar, especialmente no âmbito de atuação da assim chamada jurisdição constitucional, como limite ao legislador, implicando inclusive a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade material de ato legislativo (como, de resto, de qualquer ato do poder público), a garantia do mínimo existencial se integra, no contexto do Estado Constitucional, ao conjunto do que já se designou (Dworkin) de trunfos contra a maioria. Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que proceduralismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis⁶⁰, pelo contrário, realmente podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a

⁶⁰ Na literatura nacional, explorando as diversas facetas da problemática, inclusive da legitimidade da jurisdição constitucional, v. além da obra do ora coautor Giovanni Saavedra, já referida, os excelentes estudos de Sampaio, José Adércio Leite, *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002; Cruz, Álvaro Ricardo de Souza; *Jurisdição Constitucional Democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (do mesmo autor, v., ainda *Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007); Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006 (do mesmo autor v. *Verdade e Consenso*, 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), assim como a coletânea organizada por Cattoni, Marcelo (coord.), *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: mandamentos Editora, 2004, com destaque para as contribuições do próprio Marcelo Cattoni e de Menelick de Carvalho Neto. Mais recentemente, merecem destaque, entre outros, Mendes, Conrado Hübner, *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, bem como a coletânea coordenada por Tavares, André Ramos, *Justiça Constitucional e Democracia na América Latina*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, já numa perspectiva diversa da dos estudos anteriores, visto que focada na descrição e discussão de algumas experiências nacionais representativas do ambiente latino-americano.

garantia e promoção dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em causa as condições materiais mínimas para uma vida condigna.

Um exemplo digno de atenção, extraído da experiência dinâmica da jurisdição constitucional, é o da já referida e recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (09.02.2010), onde, a despeito de retomada a noção de que toda e qualquer pessoa é titular de um direito (subjetivo) às condições materiais mínimas para que possa fruir de uma vida com dignidade, merece ser sublinhada a manifestação do Tribunal no sentido de que ao legislador é deferida uma margem considerável de ação na definição da natureza das prestações estatais que servem ao mínimo existencial, mas também dos critérios para tal definição. Por outro lado, tal liberdade de conformação encontra seus limites precisamente na própria garantia do mínimo existencial, de tal sorte que nesta mesma decisão o Tribunal Constitucional veio a declarar a inconstitucionalidade parcial da legislação submetida ao seu crivo. Entre as diretrizes estabelecidas pelo Tribunal – decisiva para a declaração da ilegitimidade constitucional da legislação – está a de que para a definição do conteúdo das prestações exigíveis por parte do cidadão, o legislador está obrigado a avaliar de modo responsável e transparente, mediante um procedimento controlável e baseado em dados confiáveis e critérios de cálculo claros, a extensão concreta das prestações vinculadas ao mínimo existencial.

A deferência para com o legislador (e, portanto, para com o órgão legitimado pela via da representação popular), todavia não acaba por aí. Com efeito, reiterando decisões anteriores, o Tribunal – mediante exercício do assim chamado *judicial self restraint*⁶¹, acabou não pronunciando a nulidade dos dispositivos legais tidos por ofensivos ao mínimo existencial constitucionalmente garantido e exigido, mas assinou prazo ao legislador para que ele próprio, no âmbito do processo político e democrático, venha a providenciar nos ajustes necessários, corrigindo sua própria obra e adequando-a aos parâmetros constitucionais. É claro que também a tradição alemã, ainda que sejam poucos os casos concretos onde se utilizou do expediente do apelo ao legislador, igualmente demonstra a seriedade com a qual a decisão do Tribunal Constitucional é recebida pelos órgãos legislativos (sem prejuízo de fortes críticas), de tal sorte que em todos os casos o legislador – embora lançando mão da sua liberdade de conformação – correspondeu aos apelos e revisou suas

⁶¹ Sobre o tema, v., entre nós, especialmente Mello, Cláudio Ari, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

opções anteriores, ou mesmo, nos casos de omissão, editou a regulamentação exigida pelo Tribunal Constitucional. Aliás, também aqui a trajetória inicial (acima descrita, inclusive com menção às decisões judiciais superiores) do reconhecimento da garantia do mínimo existencial já se manifestara fecunda, visto que foi precisamente a falta de previsão legislativa de uma prestação estatal destinada a assegurar uma vida condigna a quem não dispõe de recursos próprios que motivou que fosse acessada a jurisdição constitucional, designadamente para impulsionar o legislador a inserir tais prestações na codificação social alemã.

O quanto tal caminho se revela produtivo para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas consequências jurídicas), seja quanto ao modo de articular as relações entre legislação, democracia e jurisdição constitucional, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado, de modo que fica a esperança de que com a presente contribuição se tenha logrado agregar pelo menos mais algum elemento à fecunda discussão travada na esfera doutrinária e jurisprudencial.