



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 3 | n. 2 | maio/agosto 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais*

Notes on the existential minimum and its interpretation by the Brazilian Supreme Court under the judicial control of public policies based on social rights

INGO WOLFGANG SARLET**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)
iwsarlet@gmail.com

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
carolina@zockun.com.br

Recebido/Received: 04.05.2016 / May 4th, 2016

Aprovado/Approved: 05.07.2016 / July 5th, 2016

Resumo

O direito (e garantia) a um mínimo existencial para uma vida digna tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional pátrio, seja no plano dos Tribunais Superiores, seja nas instâncias ordinárias. Nessa perspectiva, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal, que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente

Abstract

The right (and guarantee) to an existential minimum for a dignified life has been a constant presence in the Brazilian academic and judicial debate, either in the plan of the Superior Courts or in the ordinary courts. From this perspective, the role of the Supreme Court stands out, which, over the past few years, especially since the 2000s, has repeatedly used to the notion of existential minimum in different contexts, mainly in the field of fundamental social rights.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

* O texto-base foi elaborado pelo primeiro autor e contou com a revisão, formulação de considerações e redação de novas passagens pela segunda autora.

** Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München, Alemanha). Desembargador junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: iwsarlet@gmail.com.

*** Professora de Direito Administrativo dos cursos de Graduação em Direito e Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutora e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: carolina@zockun.com.br.

no domínio dos direitos fundamentais sociais. Pretende-se, após uma breve digressão sobre a origem e conteúdo do mínimo existencial, analisar, à luz de alguns exemplos, o papel da jurisdição constitucional na sua interpretação e aplicação, explorando alguns julgados do STF sobre o tema, recorrendo também, ainda que em caráter ilustrativo, ao direito constitucional estrangeiro, com destaque para o alemão.

Palavras-chave: Mínimo existencial; direitos sociais; controle judicial; políticas públicas; Supremo Tribunal Federal.

The paper intends, after a brief digression on the origin and contents of the existential minimum, to examine, in the light of some examples, the role of constitutional jurisdiction in its interpretation and application, exploring some cases judged by the Supreme Court on the subject, based also, although for illustrative purposes, the foreign constitutional law, especially the German law.

Keywords: existential minimum; social rights; judicial review; public policy; Brazilian Supreme Court.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O mínimo existencial: breve notícia histórica, conteúdo, alcance e funções; **3.** O mínimo existencial no âmbito da jurisdição constitucional com destaque para o STF; **4.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito (e garantia) a um mínimo existencial para uma vida digna, seguindo aqui a terminologia habitualmente adotada também no caso brasileiro, tem sido presença constante no debate acadêmico e jurisdicional pátrio, seja no plano dos Tribunais Superiores, seja nas instâncias ordinárias, tanto da Justiça Federal comum e especializada, quanto na Justiça Estadual. Nessa perspectiva, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal (doravante apenas STF), que, ao longo dos últimos anos, especialmente desde os anos 2000, tem recorrido reiteradamente à noção de mínimo existencial em diversos contextos, especialmente, contudo, no domínio dos direitos fundamentais sociais. Pretende-se, após uma breve digressão sobre a origem e conteúdo do mínimo existencial, analisar, à luz de alguns exemplos, o papel da jurisdição constitucional na sua interpretação e aplicação, explorando alguns julgados do STF sobre o tema, sem deixar de recorrer, ainda que em caráter ilustrativo, ao direito constitucional estrangeiro, designadamente, o da Alemanha.

Outrossim, é preciso sublinhar a relevância do mínimo existencial na esfera do controle das políticas públicas na base dos direitos sociais, implicando intervenção judicial na esfera das opções legislativas e no controle da discricionariedade administrativa. Esse será o enfoque dado ao presente estudo.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL: BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA, CONTEÚDO, ALCANCE E FUNÇÕES

Numa primeira aproximação, é possível afirmar que a atual noção de um direito fundamental ao mínimo existencial, ou seja, de um direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um (a cada pessoa) uma vida condigna, arranca da idéia

de que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade, de modo que o mínimo existencial, nessa perspectiva, guarda alguma relação (mas não se confunde integralmente) com a noção de caridade e do combate à pobreza, central para a doutrina social (ou questão social) que passou a se afirmar já ao longo do Século XIX¹, muito embora a assistência aos desamparados tenha constado na agenda da Igreja e de algumas políticas oficiais já há bem mais tempo². Convém recordar, ainda, que já na fase inaugural do constitucionalismo moderno, com destaque para a experiência francesa revolucionária, assumiu certa relevância a discussão em torno do reconhecimento de um direito à subsistência, chegando mesmo a se falar em “direitos do homem pobre”, na busca do rompimento com uma tradição marcada pela idéia de caridade, que ainda caracterizava os modos dominantes de intervenção social em matéria de pobreza, debate que acabou resultando na inserção, no texto da Constituição Francesa de 1793, de um direito dos necessitados aos socorros públicos, ainda que tal previsão tenha tido um caráter eminentemente simbólico³. De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento – inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal – de que a pobreza e a exclusão social são assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.⁴ Mesmo na esfera terminológica nem sempre se verifica coincidência, pois ao passo que alguns (como também prevalece no Brasil) preferem utilizar a expressão mínimo existencial,

¹ Cf., por todos, ARNAULD, Andreas von. “Das Existenzminimum”, in: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). **Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 253 e ss., apontando para o fato de que na Legislação da Prússia, em 1794, já havia a previsão da obrigação do Estado em cuidar da alimentação e atenção daqueles cidadãos que não conseguiam prover o seu próprio sustento ou mesmo por meio de outros particulares, com base em disposições legais especiais.

² V. também TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3 e ss., e, por último, no âmbito da literatura brasileira dedicada especialmente ao tema, NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 23 e ss.

³ Sobre este debate, v., por todos, HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**, Paris: PUF, 2009. p. 39 e ss.

⁴ Cf., por exemplo, as teorizações de John Rawls e Michael Walzer colacionadas e comentadas por BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123 e ss. A respeito das diversas fundamentações de um direito ao mínimo existencial, v., por último, na doutrina brasileira, TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial... Op. Cit.** p. 13-34; 54-81. Por último, explorando o tema nessa perspectiva, v. WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana**, Petrópolis: Vozes, 2013. Especialmente p. 205, a partir do pensamento de John Rawls.

outros falam em mínimos sociais⁵, direitos constitucionais mínimos ou condições materiais mínimas de existência⁶⁻⁷ ou, ainda, em um mínimo de subsistência ou um mínimo vital (como já era o caso de Pontes de Miranda, em escrito pouco conhecido)⁸, embora nem sempre tais expressões sejam utilizadas como sinônimas, visto que podem estar associadas a conteúdos mais ou menos distintos, a despeito de alguns elementos em comum, como é o caso, em especial, o reconhecimento de um direito a prestações materiais por parte do Estado.

Sem prejuízo de sua previsão (ainda que com outro rótulo) no plano do direito internacional dos direitos humanos, como é o caso do artigo XXV da Declaração da ONU, de 1948, que atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo artigo 151 dispunha que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade.

Como bem destaca o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, “A América Latina sempre enxergou os Estados de Bem Estar europeus com admiração e com uma indifereçável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latino-americanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado”⁹.

Assim, a noção de dignidade foi incorporada à tradição constitucional brasileira desde 1934, igualmente no âmbito da ordem econômica e/ou social, de tal sorte que o artigo 170 da CF dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”. É preciso lembrar, contudo, que na condição

⁵ Esta é a designação dada pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), que dispõe, em seu artigo 1º, que “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

⁶ Luiz Edson Fachin tratando do patrimônio no Direito Civil, discorre também sobre um patrimônio jurídico mínimo que, conectado ao princípio da dignidade humana, “concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter menos têm e mais necessitam”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 278)

⁷ Nas palavras de Daniel Sarmento, “Considera-se que existe um núcleo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”. SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 60).

⁸ PONTES DE MIRANDA, **Os Novos Direitos do Homem**. v. I. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

de finalidade ou tarefa cometida ao Estado no âmbito dos princípios objetivos da ordem social e econômica, o mínimo existencial, ou seja, o dever de assegurar a todos uma vida com dignidade, não implicava necessariamente (aliás, como não implica ainda hoje a depender do caso), salvo na medida da legislação infraconstitucional (especialmente no campo da assistência social e da garantia de um salário mínimo, entre outras formas de manifestação), uma posição subjetiva imediatamente exigível pelo indivíduo. A elevação do mínimo existencial à condição de direito fundamental e sua articulação mais forte com a própria dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial, do qual se dará notícia na sequência.

Com efeito, a despeito de não existirem, em regra, 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 (direitos e deveres que para muitos não são 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, mas também no âmbito da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Na doutrina do Segundo Pós-Guerra, um dos primeiros 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 esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido 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.¹⁰ 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

¹⁰ Cf. BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 12, 1954. p. 42-3.

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.¹¹ 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, 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 nesta 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, encontram-se limitados na sua vida social, 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”.¹²

Em que pesem 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.¹³ Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna

¹¹ Cf. **BVerwGE** (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Administrativo Federal) nº 1, p. 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

¹² Cf. tradução livre do primeiro autor de trecho extraído da decisão publicada em **BVerfGE** (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) nº 40, p. 121 (133).

¹³ Para tanto, v. **BVerfGE** nº 78, p. 104, reiterada em **BVerfGE** nº 82, p. 60 e nº 87, 1p. 53. 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 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 (sobre tal perspectiva, v., por todos, ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 498 e ss.). No âmbito da jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional da Alemanha destaca-se especialmente a decisão proferida em 09.02.2010, que teve por objeto o exame da constitucionalidade de alentada reforma da legislação social, a polêmica 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, v. entre outros, as anotações ao julgamento de RIXEN, Stephan. *Grundsicherung für Arbeitssuchende: Grundrecht auf Existenzminimum*. **Sozialgerichtsbarkeit**, n. 04, 2010. p. 240 e ss.

integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.¹⁴ Nessa perspectiva, 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 auto-ajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção.¹⁵

De qualquer modo, tem-se como certo que da vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta que a garantia efetiva de uma existência digna (vida com dignidade) abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física (que cobre o assim chamado mínimo vital e guarda relação direta com o direito à vida), situando-se, de resto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesse sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.¹⁶ Tal linha de fundamentação, em termos gerais, tem sido privilegiada também no direito constitucional brasileiro, 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 conteúdo, 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 aspectos¹⁷.

¹⁴ Nesse sentido, v. por todos, ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: Isensee-Kirchhof (Org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)**. vol. I. Heidelberg: CF Muller, 1987. p. 1062 e ss.

¹⁵ Esta a oportuna formulação de NEUMANN, Volker, Menschenwürde und Existenzminimum. **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, 1995. p. 425. Entre nós, trilhando perspectiva similar, excluindo a idéia 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, Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109 e ss.

¹⁶ Cf., por todos, NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”. *Op. Cit.* p. 428 e ss.

¹⁷ Para além das referidas contribuições de Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos e Eurico Bitencourt Neto (v. notas de rodapé nº 3 e 5, *supra*), v. SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 213 e ss., (aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres), bem como, LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72 e ss, e CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97 e ss. Associando o conceito e o conteúdo do direito ao mínimo existencial a uma teoria das necessidades básicas, mas afinada – em adesão à tradição alemã referida – com uma noção mais alargada e compatível com um mínimo existencial que, além da existência física, abarca uma dimensão sociocultural, v., no direito brasileiro, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Especialmente p. 123 e ss. Em sentido similar, v., por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER,

Não se nega a dificuldade em se verificar qual o mínimo existencial dentro de cada ordenamento, mas é certo que “mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância”¹⁸.

Isso significa dizer que o objeto jurídico identificado pela expressão “mínimo existencial” é fluído e vago, com uma “zona de certeza positiva”, outra “negativa”, bem como uma “zona de penumbra”, como tão bem acentuou Genaro Carrió¹⁹.

Entretanto, como bem acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰, os conceitos vagos (tal como “mínimo existencial”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas, no caso concreto, assumem muito mais consistência.

É certo que nem sempre haverá possibilidade de determinar precisamente um único sentido ao conteúdo de um conceito veiculado em palavras²¹. Neste caso, estar-se-á diante daquilo que Genaro Carrió denominou de “zona de penumbra”.

De qualquer forma, como sempre é possível a construção de um conteúdo mínimo da significação do conceito, nos ateremos ao estudo da “zona de certeza positiva” e da “zona de certeza negativa” do “mínimo existencial”.

Ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, é possível constatar a existência (embora não uníssona na esfera doutrinária) de uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrado num assim designado mínimo fisiológico, que busca assegurar

Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.), **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**: um dilema Brasil e Alemanha, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013. p. 543 e ss.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 5. ed. 2001. p. 153.

¹⁹ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990. p. 34: “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe”.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 22-26.

²¹ Nesta seara, cumpre salientar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.

^{5e} a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. ... Op. Cit. p. 20-21).

as necessidades de caráter existencial básico e que, de certo modo, representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social, política e cultural²². É nessa perspectiva que, no âmbito de sua justificação jurídico-constitucional – há quem diga que enquanto 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, vestuário, 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 material²³.

Romeu Felipe Bacellar Filho²⁴, com acerto, explana que o Estado de Bem passou a prestar serviços diretamente à população, em especial nas áreas da saúde, educação, habitação e seguridade. Estas foram as ações através das quais o Estado de Bem Estar materializou-se e, a bem da verdade, resolveu boa parte dos problemas sociais nos países onde foi implantado de forma decidida. A doutrina costuma dizer que o Estado de Bem Estar se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nesta ordem.

Do exposto, em especial com base na síntese da experiência alemã, que, à evidência, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial, 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, consoante já verificado a partir da experiência alemã, 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 qualidade²⁵. Não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde 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

²² Neste sentido, v., em caráter ilustrativo, SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 13, 2005. p.647-48.

²³ Cf., também, SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. *Juristenzeitung*, n. 13, 2005. p. 647-48.

²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

²⁵ Esta a posição que sempre temos sustentado e que corresponde à concepção amplamente dominante na doutrina brasileira, reportando-me aqui, entre outros, aos autores e contribuições citados na nota nº 17, supra.

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 brasileira, assim como na 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 material²⁶.

Em que pese 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 esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.²⁷ 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.²⁸ Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,²⁹ e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e

²⁶ 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, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 403 e ss., MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa, in: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotad.**, t. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 639-40.

²⁷ 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 Econômicos, 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.

²⁸ Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (**BVerfGE** 40, 121 [133]).

²⁹ Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença n° 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 límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)**, Barcelona: Ed. Ariel, 1995. 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.

jurisprudência sul-americana, como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina³⁰ e da Colômbia³¹. Para o caso brasileiro, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais sobre o tema. No plano judicial, o destaque, dado o enfoque do presente texto, fica com o STF, que tem produzido muitas decisões aplicando a noção de um mínimo existencial a vários tipos de situações envolvendo diversos direitos fundamentais³².

Mesmo que não se possa adentrar 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 saudável³³. De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem³⁴, poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada como carente de respeito e promoção pelos órgãos estatais,³⁵ razão pela qual, prestações básicas em matéria de

³⁰ V. especialmente COURTIS, Christian; 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.

³¹ Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Estudos Ocasionales CIJUS. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

³² V. aqui, entre outras (portanto, em caráter meramente ilustrativo) a decisão 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”. 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. Mais recentemente, v. a STA 241/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 10.10.08 (direito à educação, sufragada por decisões posteriores) e STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.10 (direito à saúde), bem como, por último, pela sua relevância, as decisões sobre o benefício de assistência social (LOAS), julgadas em 18.04.2013 (RE 567.985 – Mato Grosso, Relator Min. Marco Aurélio, Relator do Acórdão, Ministro Gilmar Mendes) e em 18.04.2013 (Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes).

³³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana.... *Op. Cit.* p. 59-60.

³⁴ 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.

³⁵ V. por todos HÄBERLE, Peter. A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**.

direitos e deveres culturais (notadamente no caso da educação fundamental e destinada a assegurar uma efetiva possibilidade de integração social, econômica, cultural e política ao indivíduo), mas também o acesso a alguma forma de lazer, estariam sempre incluídas no mínimo existencial, o que também corresponde, em termos gerais, ao entendimento consolidado na esfera da doutrina brasileira sobre o tema, tal como já sinalizado.

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, 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. Mas é precisamente o caso de países como o Brasil (o mesmo se verifica em outros Estados Constitucionais que asseguram um conjunto de direitos fundamentais sociais no plano constitucional) que revelam o quanto a relação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais nem sempre é clara e o quanto tal relação apresenta aspectos carentes de maior reflexão, a começar pela própria necessidade de se recorrer à noção de mínimo existencial quando o leque de direitos sociais cobre todas as suas possíveis manifestações.

A exemplo do que ocorre com a dignidade da pessoa humana, que não pode ser pura e simplesmente manejada como categoria substitutiva dos direitos fundamentais em espécie, também o mínimo existencial, mesmo quando se cuida de uma ordem constitucional que consagra um conjunto de direitos sociais, não pode (ou, pelo menos, não deve) ser considerado como inteiramente fungível no que diz com sua relação com os direitos sociais, de modo a guardar uma parcial e sempre relativa autonomia, que lhe é assegurada precisamente pela sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Qual o grau possível de autonomia (no sentido de um objeto e âmbito de proteção próprio) de um direito ao mínimo existencial na CF de 1988, que contempla todos os direitos sociais que usualmente são de algum modo relacionados ao mínimo existencial (há que considerar que nem todas as constituições que consagram direitos sociais o fazem com tanta amplitude como a nossa) é ponto que poderia merecer maior atenção, embora não seja aqui o momento próprio³⁶.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 116 e ss.

³⁶ Cf. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

De fato, o Estado reservou a si a titularidade dos serviços públicos de saúde, educação, previdência, assistência, dentre outros, justamente para satisfazer o leque de direitos e garantias individuais e sociais previstos na Constituição de 1988³⁷.

Tanto do ponto de vista teórico, quanto de uma perspectiva prática, a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade³⁸.

Tal entendimento, conquanto possa ter a (aparente) virtude de auxiliar na definição do conteúdo essencial dos direitos sociais, notadamente quanto ao recorte dos aspectos subtraídos a intervenções restritivas dos órgãos estatais e mesmo vinculativas dos particulares, não evita a perda de autonomia dos direitos fundamentais sociais, pois se o núcleo essencial dos direitos e o mínimo existencial se confundem em toda a sua extensão, então a própria fundamentalidade dos direitos sociais estaria reduzida ao seu conteúdo em mínimo existencial, o que, aliás, encontra adesão por parte de importante doutrina, que, inclusive, chega, em alguns casos, a adotar tal critério como fator de distinção entre os direitos fundamentais e os demais direitos sociais, que, naquilo que vão além do mínimo existencial³⁹, não seriam sequer direitos fundamentais, posição esta que seguimos refutando, sem que, contudo, aqui se possa avançar na questão. Apenas para registrar o nosso ponto de vista, direitos fundamentais (o que se aplica também aos direitos sociais) são todos aqueles como tais consagrados na CF, dotados regime-jurídico especial e reforçado que lhes foi também atribuído pela ordem constitucional.

É nessa perspectiva que – para espancar qualquer dúvida a respeito – comunicamos do entendimento de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, núcleo este que, por outro lado, não se confunde com seu conteúdo em dignidade da pessoa humana (ou, no caso dos direitos sociais, com o mínimo existencial), embora em maior ou menor medida, a depender do direito em causa, um conteúdo em dignidade humana e/ou uma conexão com o mínimo existencial se faça presente, do

³⁷ ZANCANER, Weida. Limites e Confrontações entre o Público e o Privado. In: Romeu Felipe Bacellar Filho (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 342.

³⁸ 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 Efetividade 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.

³⁹ Esta, por exemplo, a posição advogada por TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 40-3; 53-4.

que não apenas podem, como devem, ser extraídas conseqüências para a proteção e promoção dos direitos fundamentais⁴⁰.

No caso da CF, que consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais e, de resto, contempla um leque amplo de direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, transporte, previdência, assistência social, trabalho, proteção da criança e do adolescente, do idoso, da maternidade), o caráter subsidiário da garantia do mínimo existencial (na condição de direito autônomo) é de ser sublinhado. Por outro lado, desde que não se incorra na tentação (já que os argumentos nesse sentido são sedutores) de chancelar a identificação total entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, a noção de um mínimo existencial, tal como já demonstra também a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, opera como relevante critério material (embora não exclusivo) para a interpretação do conteúdo dos direitos sociais, bem como para a decisão (que em muitos casos envolve um juízo de ponderação) a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito da revisão de decisões judiciais nessa seara. Por outro lado, precisamente no âmbito de tal processo decisório (que envolve o controle das opções legislativas e administrativas) não se deve perder de vista a circunstância de que, *quando for o caso*, o que se poderia designar de um “conteúdo existencial” não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social, lazer etc.) não dispensando, portanto, a necessária contextualização em cada oportunidade que se pretender extrair alguma conseqüência 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.

Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis. De qualquer modo, impende sublinhar que no que diz com a orientação adotada pelo STF, os direitos sociais e o mínimo existencial exigem sejam consideradas as peculiaridades do caso de cada pessoa, visto que se cuida de direitos que assumem uma dimensão individual e coletiva, que não se excluem reciprocamente, cabendo ao poder público assegurar, pena de violação da proibição de proteção insuficiente, pelo menos as prestações sociais que dizem respeito ao mínimo existencial⁴¹.

⁴⁰ Trilhando o mesmo caminho, ou seja, adotando a tese da distinção entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais (inclusive sociais), v. por último, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo Existencial versus Mínimo Vital... *Op. Cit.* p. 547 e ss.

⁴¹ Cf., paradigmaticamente, na decisão proferida na STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 17.03.2010.

Ainda sobre a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, convém lembrar que mesmo tendo sido expressamente previstos no texto constitucional, os direitos sociais, a despeito de sua direta aplicabilidade na condição de normas de direitos fundamentais (no sentido de que os órgãos judiciais podem aplicar tais normas ainda que não tenham sido objeto de regulamentação legislativa), dependem em grande medida de uma concretização pelo legislador e pela administração pública, portanto, de uma teia complexa e dinâmica de atos legislativos, atos normativos do poder executivo, de políticas públicas, etc.

O problema maior relaciona-se, portanto, com a aplicabilidade dos aludidos direitos sociais, tal qual preconizada pela Constituição de 1988.

Nesse passo, interessante é a classificação⁴² proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³, em que se busca aclarar a força normativa dos preceitos constitucionais que tratam da justiça social, dividindo as normas constitucionais atinentes à Justiça Social em três grupos, cujo critério de classificação é a investidura, em prol dos administrados, de direitos mais ou menos amplos, descendentes direta e imediatamente do Texto Constitucional.

Assim, as normas constitucionais concernentes à Justiça Social são divididas em:

(i) Normas concessivas de poderes jurídicos⁴⁴ aos administrados, independentemente de prestação alheia (sem a necessidade do surgimento de uma relação jurídica individual e concreta), outorgando de imediato uma utilidade concreta, consistente em um desfrute positivo aliado à prerrogativa de exigir que se afaste a conduta de outrem que a embarace ou perturbe. Como exemplos, o “direito de ir e vir”, o “direito de propriedade”, o direito à vida etc.

(ii) Normas atributivas de direito a fruir, imediatamente, benefícios jurídicos concretos, cujo gozo se faz por meio de prestação positiva alheia, que, se negada, pode ser exigida judicialmente do Estado.

Um dos exemplos dado pelo professor é a norma preconizada no artigo 7º, IV, que dispõe ser direito do trabalhador o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com

⁴² Não desconhecemos a importância das demais classificações propostas em relação às normas constitucionais, em especial a elaborada por SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. Contudo, para os fins deste estudo, parece-nos mais operativa a classificação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, na medida em que enfoca as normas constitucionais frente ao que elas podem fornecer ao cidadão, ou seja, indicam a posição jurídica em que os administrados se vêem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais. Quanto às demais classificações, citem-se, também, as importantes contribuições de DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001; e BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

⁴³ **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

⁴⁴ Embora sem mencionar expressamente, o Professor Celso Antônio adota a separação entre (a) direito e poder e (b) obrigação e dever, proposta por Santi Romano.

moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Assim, para o jurista, o dispositivo é operativo por si, por estabelecer direito à fruição da utilidade deferida, sendo nula a disposição que fixar salário mínimo em montante inferior às necessidades de uma existência digna do trabalhador e de sua família.

Prossegue demonstrando que o caráter de fruição imediata desse direito enseja ao trabalhador a propositura de ação de responsabilidade patrimonial do Estado pela diferença de valor inconstitucionalmente deduzida. Ademais, os trabalhadores, mediante dissídio coletivo, poderão buscar o reconhecimento *in concreto* do valor salarial mínimo a que fazem jus, por força da regra constitucional⁴⁵.

⁴⁵ No tocante ao salário mínimo, cabe breve menção ao seguinte episódio: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1442/DF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura CONTAG e a Central Sindical CUT (excluída por ilegitimidade ativa) questionaram, dentre outros dispositivos, a inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.415/96, que estabelecia um salário mínimo de R\$112,00, violador da norma constitucional prevista no artigo 7º, IV, por não atender às necessidades vitais básicas do trabalhador. Neste julgamento, o relator, Ministro Celso de Mello, assentou: “Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. (...)”

Vê-se, portanto, que o legislador constituinte brasileiro delineou um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público – e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico social e de caráter econômico-financeiro –, *corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares* e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar o poder aquisitivo desse piso remuneratório, em caráter permanente (...) Em suma: o valor mensal de R\$112,00 – que corresponde a um valor salarial diário de R\$3,73 *é aviltante e é humilhante*. Ele, na verdade, reflete importância evidentemente insuficiente para propiciar ao trabalhador e aos membros de sua família um padrão digno de vida.”(destaques nossos).

Ocorre que, apesar da irrepreensível argumentação do relator, este entendeu que a ação a ser proposta deveria ter sido ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) e não a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF) e, desse modo, não poderia atender ao justo pleito da autora, pois esta pretendia não o reconhecimento de uma situação de omissão parcial do Poder Público, mas a própria declaração de inconstitucionalidade das regras questionadas e, se isto fosse deferido, *a situação culminaria por agravar, ainda mais, a situação remuneratória dos trabalhadores, reduzindo-lhes o salário dos atuais R\$112,00 para a anterior e inaceitável importância de apenas R\$ 100,00*.

Assim, quanto ao artigo 1º da Medida Provisória nº 1.415, de 29 de abril de 1996, o Tribunal, por maioria, não conheceu da ação direta, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que, como de hábito, adotava uma posição defensiva do cidadão e dos direitos sociais. Plenário, 03.11.2004.

Já em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desta vez proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, com fundamento em todo análogo à ação acima descrita, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a demanda, mas não lhe concedeu qualquer aplicabilidade por entender que “a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”. (Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento 23.05.1996).

(iii) Normas constitucionais que, sem indicar os caminhos a serem seguidos pelo legislador ordinário, veiculam em seu conteúdo uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público. Essas normas conferem aos administrados, de imediato, direito de se oporem judicialmente aos atos do Poder Público que contrariem tais finalidades. Como exemplos, o professor cita o princípio da busca do pleno emprego e da função social da propriedade.

Com base nesta classificação, pode-se afirmar que os direitos sociais veiculam normas que conferem direitos aos administrados, mas dependem de prestação alheia.

Mais do que o próprio direito subjetivo em si a ser garantido, é importante que seja realizada uma tutela igualitária dos direitos sociais para toda a sociedade.

Com efeito, conforme ensina Daniel Wunder Hachem⁴⁶, o diminuto grau de fruição dos direitos sociais no Brasil é um óbice ao aumento do índice de desenvolvimento humano, servindo-se como forma de manutenção das graves desigualdades existentes em nossa sociedade. A sua efetivação prioritariamente pelo Poder Judiciário, em ações individuais propostas pelas classes média e alta da população, não pode ser considerada uma solução satisfatória; ao contrário: ela contribui para a ampliação do abismo entre os mais ricos e os mais pobres, já que aqueles que possuem recursos financeiros e informações para alcançar a tutela judicial dos seus direitos individualmente acabam por afastar, para a seu proveito próprio, valores que seriam reservados ao atendimento dos mais necessitados. Logo, conclui o professor, que a ação judicial não é exclusiva, nem a principal, nem o meio mais apropriado para a promoção dos direitos fundamentais sociais, em que pese ser uma possível e indispensável via para tanto.

E o professor Daniel⁴⁷ prossegue esclarecendo que é inservível garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais somente a uma pequena parte da população que consegue acessar o Poder Judiciário, marginalizando todos os demais titulares das mesmas pretensões jurídico-subjetivas, que não alcançam a proteção dos seus direitos pela via jurisdicional. O que deve ser feito, ao mesmo tempo em que se visa à busca de instrumentos *judiciais* de tutela dos direitos sociais, é identificar, no ordenamento

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal aparentemente modificou o seu entendimento por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 708 (Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento 25.10.2007), para admitir que, diante da inércia contudente do Poder Legislativo, a Corte Suprema poderia ditar qual a regra legal aplicável ao exercício de uma garantia constitucional que, até então, estava condicionada à prévia existência de lei.

Ainda que esse precedente (MI 708) seja aplicável apenas às partes envolvidas na referida ação, esse raciocínio pode ser estendido para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e assim, poder-se-ia pleitear que o Poder Judiciário, também em sede de ADIN por omissão, fixasse o valor do salário mínimo que efetivamente atendesse às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

⁴⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. p. 65.

⁴⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 66.

jurídico, mecanismos *administrativos* que ofereçam uma tutela não apenas *eficaz* de tais direitos, mas, especialmente, *igualitária*.

De toda a sorte, não há negar que, muitas vezes, o texto constitucional nada ou pouco diz sobre o conteúdo do direito, como se verifica no caso dos direitos à moradia, alimentação, transporte e lazer, pois no caso dos direitos à saúde, educação, previdência e assistência social, assim como no caso da proteção do trabalhador, a própria CF apresenta algumas diretrizes que vinculam positiva e negativamente os atores estatais. No âmbito de uma proibição de retrocesso, por exemplo, o que em geral está em causa não é a supressão do direito do texto constitucional, mas a redução ou supressão (de alguma maneira) de prestações sociais já disponibilizadas na esfera das políticas públicas, que, portanto, não podem ser artificialmente excluídas do processo de decisão judicial e das considerações sobre o quanto integram, ou não, o conteúdo essencial do direito. Não é à toa que Gomes Canotilho de há muito sustenta que o núcleo essencial legislativamente concretizado de um direito social constitucionalmente consagrado opera como verdadeiro direito de defesa contra a sua supressão ou restrição arbitrária e desproporcional, ainda mais quando inexistem outros meios para assegurar tal conteúdo essencial⁴⁸.

No mesmo sentido, acentua Emerson Gabardo⁴⁹ caber “ao Estado de bem-estar, como atividade que lhe é própria, responsabilizar-se pelo incremento civilizatório da sociedade, protegendo os indivíduos em face da possibilidade de retrocesso sociocultural, socioeconômico e socioambiental”.

Por derradeiro, situando-nos, ainda, na esfera da compreensão da fundamentação jurídico-constitucional e do conteúdo de um direito (garantia) ao mínimo existencial, importa sublinhar 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 existencial, o que evidentemente 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 existencial,⁵⁰ lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia, à alimentação e

⁴⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 339-40.

⁴⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 178.

⁵⁰ 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.

ao transporte, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais.

De fato, o mínimo existencial não é uma categoria universal, mas varia de lugar para lugar, inclusive dentro de um mesmo país, como, aliás, já assinalou Fernando Fa-cury Scaff⁵¹.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM DESTAQUE PARA O STF

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 direitos fundamentais, 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 (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta 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 de “trunfos” contra a maioria⁵², pois se trata de algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado.

⁵¹ SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, vol. 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 217.

⁵² Nesse sentido, na esteira das já consideradas clássicas observações de Ronald Dworkin (v. na obra “Taking Rights Seriously”), v. no âmbito da doutrina alemã, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, quando aborda a formação da vontade estatal e, em síntese, aponta conexão e tensão entre direitos fundamentais e princípio democrático (p. 498-99), e, na literatura em língua portuguesa, inclusive com particular referência aos direitos sociais, NOVAIS, Jorge Reis. **Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010. p. 319 e ss.

Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis⁵³, muito antes pelo contrário, podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a 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 relativamente 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, 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*⁵⁴, acabou não pronunciando a nulidade dos dispositivos legais tidos por ofensivos ao mínimo existencial constitucionalmente garantido e exigido, mas assinou prazo

⁵³ Na literatura nacional, explorando as diversas facetas da problemática, inclusive da legitimidade da jurisdição constitucional, v. dentre tantos, 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**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, bem como **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 3. ed. São Paulo: RT, 2013; 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; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

⁵⁴ Sobre o tema, v., entre nós, especialmente MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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 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 fosse acessada a jurisdição constitucional, designadamente para impulsionar o legislador a inserir tais prestações na codificação social alemã.

Tal linha de ação, mediante a qual a Corte Constitucional não fulmina (pelo menos num primeiro momento) de nulidade o regramento legislativo, não é desconhecida no Brasil e já foi utilizada em algumas ocasiões. Destaca-se, nesse contexto, especialmente pelo fato de se tratar de decisão que envolveu a noção de mínimo existencial (razão de sua referência e do paralelo com a decisão alemã), a recente decisão do STF sobre o benefício de assistência social e a forma de sua regulação pela LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). Sem que se vá adentrar o mérito propriamente dito da questão⁵⁵, que já vem ocupando doutrina e jurisprudência há muito tempo (lembre-se que o STF havia declarado a constitucionalidade do dispositivo legal impugnado⁵⁶), o que aqui se pretende sublinhar é que também nesse caso o STF, reconhecendo a inadequação constitucional dos critérios legais – por violação também e especialmente da garantia de um mínimo existencial – acabou não aplicando a sanção da nulidade. Com efeito – fazendo inclusive referência expressa ao julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 09.02.2010 (Hartz IV) – o STF, por maioria, reconheceu a existência de um processo gradual inconstitucionalização do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (LOAS), desembocando, na decisão ora referida, na declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, sem, contudo, pronunciar de imediato a sua nulidade, porém mantendo-o em vigor até 31.12.2014, de modo a permitir – num prazo razoável – ao

⁵⁵ Para análise específica da evolução histórica do entendimento do STF quanto à constitucionalidade do artigo 20, §3º da LOAS (Lei nº 8.742/93), ver ZOCKUN, Carolina Zancaner. Intervenção do Estado na Ordem Social – A Assistência Social na visão do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et alli* (Coords.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e STJ** – Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

⁵⁶ V. julgamento da ADI 1.232, Relator Ministro Ilmar Galvão, Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim, DJ de 01.06.2001.

Poder Legislativo (e também ao Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar e das respectivas políticas públicas de assistência social) a adoção das medidas necessárias ao ajuste da situação tida como contrária à Constituição Federal⁵⁷.

A despeito da manutenção, em caráter substancial e como regra praticada pelo Tribunal alemão e pelo STF, das premissas acima colacionadas, merece referência, pela sua estreita vinculação com o tema e levando em conta a diversa postura adotada pela Corte, a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha envolvendo o mínimo existencial. Nesse caso, julgado em 18.07.12, o Tribunal, para além de reafirmar em termos gerais o que já foi objeto de referência logo acima, designadamente quanto ao conceito e conteúdo do mínimo existencial, também declarou a incompatibilidade com a Lei Fundamental (no caso, com o direito e garantia ao mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana), da legislação que, desde 1993, não atualizou o valor do benefício assistencial em espécie alcançado a estrangeiros que estão solicitando asilo na Alemanha, ordenando ao Legislador que, em caráter praticamente imediato, corrigisse tal estado de coisas. Mas o Tribunal – e aqui reside a novidade da decisão – foi além, elaborando regra de transição e determinando que, enquanto não efetivada a alteração legal, fosse pago, a título de prestação social, valor previsto e calculado de acordo com critérios legais já existentes no código de proteção social, aplicáveis à hipótese em caráter precário. Tal decisão, embora no caso alemão se trate de uma prestação social e no brasileiro do exercício de um direito de liberdade, guarda forte relação com a técnica decisória utilizada pelo STF quando da alteração de sua posição sobre o direito de greve dos servidores públicos, proferida em sede de Mandado de Injunção, ocasião na qual a Suprema Corte brasileira, à míngua de legislação específica, tal como previsto na CF, determinou fosse aplicada (sem prejuízo de ajustes promovidos caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a proteger interesses e direitos conflitantes) a legislação em vigor para a greve na esfera da iniciativa privada.

Se ambas as decisões (do Tribunal Constitucional Federal e do STF) podem ser enquadradas como representando um elevado grau de intervenção judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo, reconduzidas, portanto, ao que se designa de uma “postura ativista”, o mesmo não ocorre – como já sumariamente demonstrado, nos outros dois casos, julgados pelas mesmas Cortes (Hartz IV e LOAS), os quais já demonstram a existência de um caminho alternativo menos “invasivo”, se é que é legítimo considerar as decisões referidas como efetivamente invasivas (em termos de relação entre os órgãos estatais), pois a Jurisdição Constitucional operou em face de um quadro – respeitadas as diferenças entre os casos e suas circunstâncias – de manifesta e longa omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes. Em todas as situações, ademais, os respectivos Tribunais não deixaram de frisar que a tarefa de estabelecer

⁵⁷ Cf. Reclamação 4.374 – Pernambuco, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 18.04.2013.

em caráter definitivo o valor da prestação (caso alemão) ou a regulação do exercício da greve dos servidores públicos (caso brasileiro) - e mesmo os ajustes dos critérios estabelecidos pela LOAS - é do Poder Legislativo, cabendo à Jurisdição Constitucional um papel eminentemente corretivo e indutivo.

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 atuação da Jurisdição Constitucional nessa seara, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado. A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos.

Por outro lado, um rápido olhar sobre o direito comparado – com destaque para os casos da Alemanha e de Portugal - revela que nem sempre (o que por si só não é necessariamente negativo ou mesmo positivo) os órgãos da jurisdição constitucional brasileira são sensíveis aos limites da própria noção de mínimo existencial na nossa própria ordem constitucional. Por um lado, quando se invocou (e há outros exemplos que poderiam ser citados) a noção de mínimo existencial com o intuito de fundamentar a tese da proibição de retrocesso aplicada à contribuição dos inativos de servidores públicos muito bem remunerados, ainda mais com arrimo em precedente do Tribunal Constitucional de Portugal que dizia respeito a benefícios de assistência social de valor baixo mesmo para o caso do Brasil⁵⁸, é possível criticar um uso por vezes inflacionário e mesmo retórico da noção de mínimo existencial.

Igualmente não muito bem digerida e manejada entre nós, pelo menos em diversos casos, é a idéia de que o mínimo existencial encontra-se sempre subtraído à disposição dos poderes constituídos e que a definição de seu conteúdo em definitivo é tarefa cometida à Jurisdição Constitucional. Ainda que a situação no Brasil seja diferente, nunca é demais lembrar que tanto na Alemanha, quanto em Portugal (apenas para mencionar duas ordens constitucionais muito influentes para o caso brasileiro) a própria definição do conteúdo do mínimo existencial é deferida em regra e em primeira linha ao legislador, que, além do mais, deve estabelecer critérios claros, universais

⁵⁸ Cf. foi o caso do voto do Min. Celso de Mello no Mandado de Segurança 24. 875-1 Distrito Federal, julgado em 11/05/2006.

e isonômicos, embora simultaneamente deva (como ficou bem assentado na relativamente recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, acima referida) a legislação preservar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo titular do direito, pois diferentes as necessidades de cada um. Salvo em casos excepcionais, também é verdade que os Tribunais Constitucionais da Alemanha e Portugal não substituíram as opções do legislador nessa seara pela sua própria. Se o caminho trilhado pela justiça constitucional brasileira, designadamente pelo STF, é mais ou menos correto do que o revela a experiência estrangeira aqui rapidamente apresentada, não está aqui em causa (até mesmo consideradas as diferentes realidades e diversas tradições jurídicas e políticas), mas sim, que a maior correção (ou não) do modo pelo qual se intervém nas decisões legislativas e administrativas com base na noção do mínimo existencial, deveria ser cada vez mais objeto de detida reflexão e aperfeiçoamento. De qualquer sorte, mais do que esgrimir uma bandeira a favor ou contra o “ativismo judicial”, é preciso, à vista do contexto brasileiro (na dimensão jurídica-constitucional, política, econômica e social) encontrar um caminho adequado e equilibrado de interação entre os órgãos estatais, visto que a busca da efetividade da ordem constitucional é tarefa cometida a todos.

4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). **Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

ARNAULD, Andreas von. Das Existenzminimum. In: ARNAULD, Andreas von; MUSIL, Andreas (Ed.). **Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCn-td=97904>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In: **Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer**, nº 12, 1954.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 153.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madrid: Trotta, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e (m) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 65.

HERRERA, Carlos Miguel. **Les Droits Sociaux**, Paris: PUF, 2009.

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.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional das políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.), **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais: um dilema Brasil e Alemanha**, Joaçaba: Editora UNOESC, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais, Efetivação no âmbito da democracia participativa**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)**, Barcelona: Ed. Ariel, 1995.

MARTINS, Patrícia do Couto V. A. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.). **A Efetividade dos Direitos Sociais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**, Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOREIRA, Isabel. **A solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Coimbra: Almedina, 2007.

NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Condigna**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUMANN, Volker, Menschenwürde und Existenzminimum. In: **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1995**.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

PONTES DE MIRANDA, **Os Novos Direitos do Homem**, vol. I, Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e Robert Alexy**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 60.

SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, n. 32, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. In: **Juristenzeitung**, n. 13, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia do Direito. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana**, Petrópolis: Vozes, 2013.

ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: **Isensee-Kirchhof (Org.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)**, vol. I, Heidelberg, CF Muller, 1987.

ZANCANER, Weida. Limites e Confrontações entre o Público e o Privado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Intervenção do Estado na Ordem Social – A Assistência Social na visão do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et alli* (coord.). **O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e STJ – Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.