



DIGNIDADE (DA PESSOA) HUMANA, MÍNIMO EXISTENCIAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: ALGUMAS APROXIMAÇÕES E ALGUNS DESAFIOS

Ingo Wolfgang Sarlet¹

RESUMO

O presente artigo discute o conceito de um mínimo existencial para uma vida digna e sua relação com outros direitos fundamentais na ordem jurídico-constitucional brasileira, principalmente com foco no papel da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Mínimo existencial. Vida com dignidade. Jurisdição constitucional.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Se a dignidade da pessoa humana e o assim chamado mínimo existencial são noções tidas como indissociáveis, ao mesmo tempo e já pela conexão apontada, cuida-se de figuras praticamente onipresentes no atual debate (pelo menos é o que se observa no caso brasileiro) sobre os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional, sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (com destaque para os direitos socioambientais) e mesmo no que diz respeito ao papel da Jurisdição Constitucional na esfera da efetivação dos direitos fundamentais e do controle dos atos dos demais órgãos estatais, mas também dos atos da própria jurisdição ordinária. De modo particular, chama a atenção que ao longo dos últimos anos, especialmente pela forte conexão com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, o assim chamado direito (humano e fundamental) ao mínimo existencial acabou

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.

sendo não apenas associado e mesmo identificado com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (e mesmo ambientais, quando em causa a noção de um mínimo existencial ecológico ou ambiental) como tem servido de critério material para a solução, na esfera de uma ponderação de direitos e/ou valores, de uma série de demandas judiciais que envolvem a imposição, ao poder público, de prestações na esfera socioambiental ou a proteção de direitos fundamentais contra intervenções restritivas por parte do Estado, aspectos que mais adiante voltarão a ser considerados.

O quanto o recurso à noção de um mínimo existencial, designadamente de um direito fundamental à sua proteção e promoção, tem sido realmente produtivo ou apresenta aspectos dignos de maior reflexão quanto à sua correta compreensão e manejo é precisamente o mote da presente contribuição, com destaque para o modo pelo qual o mínimo existencial, na sua relação com a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, tem sido aplicado pela jurisdição constitucional brasileira, representada pela sua instância maior, o Supremo Tribunal Federal.

É, pois, justamente considerando o elo entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana,² 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 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ASSIM CHAMADO MÍNIMO EXISTENCIAL

A vinculação dos direitos (fundamentais) sociais com o que passou a ser designado como 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, não faz, contudo, muito tempo que tem sido objeto de estudos mais sistemáticos. Nesta seara, destaca-se a contribuição pioneira de Ricardo Lobo

² 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, 2010.

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 Administrativo.³ Desde então, o próprio autor citado tem revisitado o tema, ampliando o horizonte de seus estudos e aperfeiçoando seu rico arcabouço argumentativo.⁴

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 respeito à 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, na qual foi desenvolvida pela doutrina — no âmbito da práxis 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 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.⁵ 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

³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de direito administrativo*, n. 177, p. 20-49, 1989.

⁴ Cf., TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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.⁶ 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.⁷

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.⁸ Além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo

⁵ Cf. O. Bachof. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *VVDStRL*, n. 12, p. 42-3, 1954.

⁶ Cf. *BVerwGE* 1, 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

⁷ Cf. *BVerfGE* 40, 121 (133).

⁸ 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 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 9.2.2010, sobreveio decisão do Tribunal (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 de RIXEN,

essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.⁹

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.¹⁰

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.¹¹ 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.¹² 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, não apenas no que diz respeito à esfera econômica e financeira, mas também no concernente às expectativas e necessidades do momento.¹³

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.¹⁴ Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para

Stephan. In: *Sozialgerichtsbarkeit* 04/10, p. 240 e ss.

⁹ Neste sentido a paradigmática proposição de um dos principais teóricos do Estado Social na Alemanha, ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE-KIRCHHOF (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBSr)*. Heidelberg: C. F. Muller, 1987. v. 1. p. 1062 e ss.

¹⁰ Esta 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: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 109 e ss.

¹¹ Cf. novamente e por todos, NEUMANN, Volker, op. cit., p. 428-9.

¹² Cf. STARCK, Christian (Org). Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen? In: _____. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, v. 2 (*BVerfG und GG II*). Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. p. 522.

¹³ 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 BVerwG*, München: CH Beck, 1978. p. 97.

¹⁴ Esta a lição de NEUMANN, Volker, op. cit., p. 428 e ss.

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”.¹⁵ Tal linha de fundamentação, em termos gerais e consoante 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 conteúdo,¹⁶ 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 respeito a uma série de aspectos.¹⁷

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 num 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 e cultural.¹⁸ Ao passo que – na Alemanha e segundo orientação doutrinária 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 respeito ao seu conteúdo material.¹⁹

Do exposto com base na experiência germânica – que, à evidência, não é a única e também não é isenta de possíveis e importantes críticas, mas que, em termos de repercussão

¹⁵ 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”).

¹⁶ 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*, v. 32, p. 213 e ss, 2005, aderindo ao conceito e fundamento proposto por Ricardo Lobo Torres. Por último, v. BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Cf., ainda, SORIA, José Martínez. *Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums*, pp. 647-48.

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 respeito ao 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, uma vez que este último diz respeito à 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 sucumbir 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 material.²⁰

Em que pese certa convergência no que diz respeito a 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.²¹ 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

²⁰ Cf. a decisão proferida no Acórdão n° 509 de 2002 (que versa sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários tecidos por Vieira de Andrade, op. cit., p. 403 e ss., e, mais recentemente, por MEDEIROS, Rui. Anotações ao art. 63 da Constituição da República Portuguesa. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. 1. pp. 639-40.

²¹ 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 9-2-2010.

indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.²² Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) Europeia,²³ 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 Argentina²⁴ e da Colômbia²⁵. Entre nós, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais, inclusive proferidas por Tribunais Superiores, neste último caso, com destaque para a área da saúde.²⁶

É preciso frisar, por outro lado, que também no que diz respeito ao conteúdo do assim designado mínimo existencial, bem como no que concerne a sua proteção e implementação, existe uma gama variada de posicionamentos sobre as 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 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. Neste 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

²² Cf. o já referido *leading case* do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

²³ 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 límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (In: LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina Jurisprudencial)*. Barcelona: 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.

²⁴ V. especialmente COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Victor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2003, que apresenta e comenta um expressivo elenco de casos que envolvem os direitos sociais e o mínimo existencial não limitado à experiência da Argentina.

²⁵ Inventariando e comentando a jurisprudência constitucional da Colômbia, v. ARANGO, Rodolfo; LEMAITRE, Julieta (Dir.). *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. In: *Estudios Ocasionales CIJUS*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002.

²⁶ 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), na qual 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 incosequente”. 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

assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável.²⁷ Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que 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 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, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem,²⁸ 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 promovido,²⁹ 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 nacional.³⁰

Dito isso, o que importa, nesta quadra, é a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe 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

públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial.

²⁷ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana* [...], op. cit., pp. 59-60.

²⁸ 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.

²⁹ V. por todos HÄBERLE, Peter. A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, I. W. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e Direito constitucional*, especialmente p. 116 e ss.

³⁰ 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. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11 e ss., e, mais recentemente, da mesma autora, BARCELLOS, Ana Paula. *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.

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 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 será 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 cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável) – tem sido identificado – por alguns – como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.³¹

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 fundamentais.³² Com efeito, consoante 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.³³

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 este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo), este

³¹ 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.

³² Cf. demonstrado por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana* [...], op. cit., p. 118 e ss.

³³ V. neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana*, [...], op. cit., p. 77 e ss.

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*, este 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 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 respeito ao 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 respeito a 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 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 existencial,³⁴ o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir 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.³⁵

³⁴ 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.

³⁵ 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

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 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 (Dworkin) trunfos contra a maioria. Por outro lado, também no que diz respeito ao mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis,³⁶ 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

vinculadas (pelo menos, não de forma direta) às demandas colocadas pela autora.

³⁶ 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: mandamento, 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: 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.

constitucional, é o da já referida e recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (9.2.2010), 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*,³⁷ – 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 os 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 em que 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

³⁷ Sobre o tema, v., entre nós, especialmente MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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 respeito à 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.

HUMAN DIGNITY (FROM PERSON), EXISTENTIAL MINIMUM ENA CONSTITUTIONAL JUSTICE: SOME APPROACHES AND SOME CHALLENGES

ABSTRACT

This paper discusses the concept of a minimum of existence for a worthy life and its relations with other fundamental rights in the Brazilian constitutional system, focusing in the role of the constitutional jurisdiction.

Keywords: Existence minimum. Worthy life. Constitutional jurisdiction.

REFERÊNCIAS

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

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. **VVDStRL**, n. 12, p. 42-43, 1954.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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.

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

BREUER, Rüdiger. **Verwaltungsrecht zwischen freiheit, teilhabe und bindung, festgabe**

aus anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BverwG). München: C.H. Beck, 1978.

CATTONI, Marcelo (*coord.*). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HÄBERLE, Peter. A Dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116 e ss.

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.

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

LEIVAS, Paulo G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 129 e ss.

LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). **Derechos fundamentales y principios constitucionales: doctrina jurisprudencial**. Barcelona: 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. p. 412.

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**. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 1.

MOREIRA, Isabel. **A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Almedina, 2007.

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

Verwaltungsrecht (NVwZ). 1995. p. 425.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando F. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 32, p. 213-226, 2005.

SCHOLLER, Heinrich. Die Störung des Urlaubsgenusses eines 'empfindsamen Menschen' durch einen Behinderten. **In: Juristenzeitung Gesetzgebungsdienst : JZ-GD, 1980**. p. 676.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285-325.

_____. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 308 e ss.

STARCK, Christian (Org). **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG und GG II)**: Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2.

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

_____. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Justiça constitucional e democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 177, p. 20-49, 1989.

ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel. In: **Isensee-Kirchhof (Org.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR)**. Heidelberg: C. F. Muller, 1987, v. 1. p. 1062 e ss.