

MÍNIMO EXISTENCIAL NO DIREITO ALEMÃO E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Leonardo Martins

Professor (Associado VI) Doctor iuris (Dr. iur.), LL.M. Professor do PPGD e PGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Maria Francimar Carvalho Costa

Mestra em Direito Constitucional (área de concentração: Constituição e Garantias de Direitos). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Resumo: O presente estudo visa comparar a construção teórica do instituto do mínimo existencial na ciência jurídico-constitucional e jurisprudência alemãs e como esse instituto jurídico foi recepcionado no direito brasileiro. Parte-se da concepção teórica de Otto Bachof, em seguida serão expostas as principais regras para a concretização do mínimo existencial previstas no Décimo Segundo Livro do Código Social alemão (SGB XII), fundamentado no princípio do Estado social e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF). Objetiva-se, então, discutir os fundamentos jurídicos do direito subjetivo “ao mínimo existencial” que decorre do princípio do Estado social em sua aplicação combinada com a proteção fundamental da dignidade humana e em quais situações concretas esse direito deve ser deferido na Alemanha. A partir do estudo de alguns acórdãos do STJ e do STF, verificar-se-á o modo de recepção dos correspondentes institutos germânicos com vistas a identificar distorções no emprego do direito ao mínimo existencial no Brasil que, na maioria das vezes, é utilizado sem critérios normativos, de modo a servir apenas de argumento retórico mediante fundamentação vaga, imprecisa e distorcida de sua concepção originária na Alemanha.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Jurisprudência alemã. Estado de Bem-Estar Social. Aplicação no Brasil.

Sumário: **1** Introdução – **2** Concepção teórica do mínimo existencial por Otto Bachof – **3** O Estado de Bem-Estar Social na Alemanha para a concretização do mínimo existencial – **4** Construção jurisprudencial do direito ao mínimo existencial nos tribunais alemães – **5** Fundamentos teóricos do mínimo existencial na doutrina jurídica brasileira – **6** Recepção do mínimo existencial no Brasil – **7** Compreensão e aplicação do mínimo existencial no STJ e no STF – Conclusão – Referências

1 Introdução

A Constituição Federal alemã promulgada em 23 de maio de 1949 – por razões de origem histórica e manutenção da tradição chamada pelos autores

alemães unanimemente de *Grundgesetz* (Lei Fundamental)¹ – não encarta rol de direitos sociais, que implicam deveres estatais de prestação, exceto a ordem de proteção à maternidade, prevista no art. 6 IV GG.²

Contudo, no art. 1 I 1 GG estabeleceu a dignidade humana como intocável e intangível e determinou no art. 1 I 2 GG ser missão de todo poder estatal constituí-la e protegê-la. Ademais, no art. 20 I GG, o constituinte, ao positivar os princípios fundamentais que regem o Estado, estabeleceu que a República Federal da Alemanha é um Estado democrático e social. O conceito de Estado social é tratado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (a seguir: TCF) e pela literatura jurídica especializada que criticamente a recepciona como uma norma fim do Estado que institui, de modo obrigatório, os deveres e o direcionamento da atuação do Estado no presente e no futuro, sem, todavia, ensejar direitos subjetivos imediatamente oponíveis por seus titulares. Nesse sentido, é considerada uma norma constitucional “mandatária”, um mandato legislativo objetivo, mas não um direito subjetivo.

Por sua vez, a Constituição Federal brasileira contém um extenso rol de direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de modo que reconheceu direitos sociais como direitos fundamentais, dotados, portanto, de fundamentalidade formal.³

Na Alemanha, os direitos sociais por si sós, não servem de fundamentos para a construção teórica do mínimo existencial, mas sim o dever de proteção

¹ Konrad Hesse explica que “no trabalho constitucional de 1949, o povo alemão não pôde participar em sua totalidade. [...] A divisão da Alemanha não deveria ser aprofundada ou perpetuada pelo trabalho constitucional. Em vista dessa situação, foi pensado primeiro somente em um estatuto de organização, tão conciso quanto possível, não em uma ‘Constituição completa’ [...] Não obstante, deveria, em atenção à situação alemã, ser expressado o provisório do trabalho constitucional. [...] No entanto, a Lei Fundamental, pensada primeiro somente como provisória, mostrou-se mais e mais como ordem duradoura e, por conseguinte, [...], como uma ‘Constituição’”. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. [Tradução de Luís Afonso Heck]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 77).

² “Toda mãe tem o direito à proteção e à assistência da comunidade”. O art. 6 IV GG trata de um direito à igualdade com a conotação de um direito fundamental de resistência sob a ótica da dimensão negativa no que diz respeito ao tratamento desigual. Nas palavras de MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: *Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS; Marcial Pons, 2019, p. 6 s. (p. 7, n. rod. 16): “Trata-se, aqui, do dever primário de abster-se de tratar desigualmente os essencialmente iguais, ou de abster-se de tratar igualmente os essencialmente desiguais”.

³ Para Dimoulis e Martins, um direito somente pode ser considerado fundamental, necessariamente, se for norma que tenha força jurídica oriunda da supremacia da Constituição, ademais, o elemento formal é “uma condição suficiente da fundamentalidade”, pois todos os direitos que são garantidos constitucionalmente são considerados fundamentais, ainda que sua abrangência ou mesmo sua relevância social sejam relativamente limitados. Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 57.

da dignidade humana. De outro modo, no Brasil, além de se avocar o princípio fundamental da República da “dignidade da pessoa humana” previsto no art. 1º, III da CF, costuma-se invocar os direitos sociais, entre outros, alguns que sequer constam do rol de direitos fundamentais sociais e trabalhistas previstos nos art. 6º ss. da CF, como, por exemplo, os direitos tributário e urbanístico, como fundamentos jurídico-constitucionais para embasar esse direito.⁴

Já a partir dessa primeira contraposição parece haver uma clara distorção na concepção do direito subjetivo ao mínimo existencial na doutrina e jurisprudência nacionais, o que enseja seu uso meramente retórico e, conseqüentemente, subverte seu objetivo e desnatura esse instituto de fundamental importância para seus titulares. Ademais, na doutrina e jurisprudência alemãs, parte-se da premissa de que o modo de concretização do mínimo existencial é de competência do legislador que tem ampla margem discricionária de conformação, desde que mantenha sempre um padrão mínimo que assegure as condições materiais necessárias a uma vida que possa ser considerada digna dentro de certas balizas racionalmente fixadas.⁵

Por outro lado, no Brasil, verifica-se que, diferentemente dos tribunais alemães, não existe um consenso quanto aos fundamentos e ao conteúdo do direito ao mínimo existencial, de modo que, corriqueiramente, o Estado invoca o princípio da reserva do possível para negar as prestações demandadas como sendo de conteúdo do mínimo existencial e, como resposta, os tribunais tecem a teoria de que, nos casos em que o pedido se funda no direito ao mínimo existencial, não se admite a incidência do princípio da reserva do possível.⁶

⁴ Intangibilidade e intributabilidade são termos usados, respectivamente, para indicar que o conteúdo do mínimo existencial não pode ser tocado, nem tributado. Essa concepção é bem notória em Torres quando este afirma que as imunidades tributárias se convertem em isenções dos impostos indiretos sobre bens de consumo popular ou necessários à alimentação, em dedução do imposto de renda pelas despesas familiares e de tratamento médico, em subvenções. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 158).

⁵ Conforme a Seção 28 (3) do SGB XII, o Ministério Federal do Trabalho e Assuntos Sociais é o órgão encarregado de determinar os critérios de exigências padrão que garantam um nível de vida digna aos alemães. Isso é feito através do Escritório Federal de Estatística, com avaliações especiais sobre despesas de consumo das famílias, de grupos de baixa renda (famílias de referência), também nos casos em que vive apenas um adulto (família com uma pessoa), bem como para famílias de casais que vivem com um filho (agregados familiares). Devem ser determinadas, estatisticamente, quais famílias podem ser beneficiadas e em que medida esse benefício deve ser quantificado, segundo as regras do SGB XII. Cf. Ministério da Justiça e Defesa do Consumidor e do Escritório Federal de Justiça. Tradução livre. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁶ De acordo com a ADPF 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Min. Celso de Mello e que se tornou entendimento pacífico na Corte “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode negar [...]”. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida [...] na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto

Nesse sentido, ante a afirmada omissão ou inércia do Poder Público competente, o Judiciário pode, de forma excepcional, determinar coercitivamente a implementação da política pública que irá concretizar aquela prestação requerida. No entanto, isso abre um leque para que se pratique o ativismo judicial que, em tese pode ser “bom” quando satisfaz um direito fundamental não concretizado, mas, por outro lado, tende a violar os princípios da separação dos poderes e do Estado de direito, além de promover a banalização do direito ao mínimo existencial na medida em que se o emprega em situações nas quais não se verifica fundamento para o deferimento de prestações, distorcendo seu objetivo e função normativos.

Diante desse quadro geral, discorrer-se-á sobre a problemática a partir da perspectiva analítica da literatura jurídica especializada alemã, notadamente de Otto Bachof e a concepção jurisprudencial do TCF alemão sobre o direito ao mínimo existencial e a interpretação desse direito no STJ e STF, além disso, pretende-se observar, de forma sucinta, a incorporação do direito ao mínimo existencial no sistema jurídico brasileiro, no sentido de como se transplantou e acomodou esse direito estrangeiro, que será analisado não pelo método funcionalista,⁷ ou seja, não se ficará focado à “letra da lei” do instituto jurídico em questão, pois será feito o estudo do transplante jurídico considerando-se o contexto sociocultural e econômico da Alemanha na época em que desenvolveu esse direito e o do Brasil ao recepcioná-lo, de modo que, para esse fim, aplicar-se-á o método de comparação contextualizado (*law in context*).⁸ Contudo, esclarece-se que não se pretende, e nem é o objetivo desta pesquisa, explorar exaustivamente a teoria da comparação jurídica.

de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos dever-se-á investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”. Cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>.

⁷ “O processo de identificação do sentido correto da letra da lei faz parte deste mecanismo de comparação que tem como razão principal apontar a verdade dentre os sistemas legais. [...] A possibilidade da verdade ‘cartesiana’, permite [...], a universalização do método funcionalista, instrumento metodológico que sustenta a perspectiva”. Cf. DUTRA, Deo Campos. Da Ortodoxia à Crítica: Teorias da Comparação Jurídica. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, Passo Fundo, abr. 2018, p. 193. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1759/1597>. Acesso em: 31 jul. 2021.

⁸ Método desenvolvido pelo professor alemão Frankenberg ligado à teoria crítica do direito, que originalmente, se definiu em oposição à teoria tradicional. Esta última representa o tipo de teorização “cientista” guiada pelos ideais das ciências naturais modernas e sua prerrogativa de investigação “livre de valorização”. Os autores da teoria crítica partem da premissa de que tanto os objetos observados como os sujeitos observadores da ciência estão constituídos socialmente e, portanto, devem ser analisados e interpretados dentro do seu contexto histórico-social. Cf. FRANKENBERG, Günter. Teoria Crítica. *Academia. Revista Sobre Enseñanza Del Derecho*, ano 9, número 17, Buenos Aires, 2011, p. 67. Disponível na Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 30 jul. 2021.

2 Concepção teórica do mínimo existencial por Otto Bachof

A dogmática do mínimo existencial tem sua origem no direito alemão. Otto Bachof foi o primeiro a fazer um estudo mais aprofundado após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a sociedade alemã se encontrava tomada pela fome, epidemias e muita miséria no campo e nas cidades, pois os bombardeios deixaram mais de 20 milhões de desabrigados no país.⁹

Nesse cenário, os alemães que sobreviveram à guerra viam-se diante da luta pela sobrevivência, cujo principal obstáculo era a fome, especialmente durante o inverno rigoroso de 1946 que produziu uma grave crise de abastecimento de combustíveis e alimentos, lançando às ruas pessoas que mendigavam na tentativa de matar a fome.¹⁰

Diante dessa crise social que assolava a população germânica, Otto Bachof,¹¹ no início de 1950, foi o primeiro a teorizar sobre a plausibilidade de o sujeito ser titular de um direito subjetivo à garantia positiva de ter acesso a recursos mínimos para conseguir manter uma vida que preservasse sua dignidade. Com base nessa premissa, Bachof argumentou que o direito ao mínimo existencial decorreria basicamente de três preceitos normativos, quais sejam:

- a) Dignidade humana – prevista no art. 1 I GG que define a dignidade humana como intocável ou intangível e que respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público (art. 1 I 2 GG). Percebe-se nesse comando constitucional que o dever de proteção é direcionado ao Estado e todos os seus poderes constitucionalmente estabelecidos, em especial ao Poder

⁹ Os bombardeios às cidades alemãs deixaram mais de 20 milhões de desabrigados no país, além de quatrocentos milhões de metros cúbicos de entulhos que tiveram de ser removidos. A título de exemplo sobre o número de mortos em consequência da guerra, dos 750 mil habitantes que havia na cidade alemã de Colônia restaram apenas 40 mil depois da guerra. Ademais, os alemães que sobreviveram à guerra tiveram que lutar pela sobrevivência, especialmente no que diz respeito à alimentação, pois a fome era um grave problema e o inverno de 1946 foi um dos mais rigorosos da Alemanha, ocasionando desabastecimento de itens básicos como alimentos e combustíveis. Cf. <https://www.dw.com/pt-br/a-dura-vida-dos-alem%C3%A3es-lo-depois-da-guerra/a-1573308>. Um conflito que mudou o mundo. Autor: rw. Data da publicação: 05/05/2005. Link permanente: <https://p.dw.com/p/6bHw>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁰ Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-dura-vida-dos-alem%C3%A3es-lo-depois-da-guerra/a-1573308>. Um conflito que mudou o mundo. Autor do artigo: rw. Data da publicação: 05/05/2005. Cf. <https://p.dw.com/p/6bHw>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹¹ “Na doutrina do Segundo pós-Guerra, um dos primeiros a sustentar a possibilidade de 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. 1 I da Lei Fundamental da Alemanha, [...]) 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”. Cf. 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.

Legislativo que deve elaborar normas que previnam e reprimam quaisquer violações à dignidade humana que partam em princípio do próprio Estado e, indiretamente, de particulares.¹² Tais comandos da GG têm todos os efeitos imediatos segundo o art. 1 III GG. No entanto, quanto à aferição do instante em que a dignidade humana é violada (art. 1 I 2, 1ª variante GG) ou resta desprotegida (art. 1 I 2, 2ª alternativa GG) ainda é objeto de infundável discussão teórica e jurisprudencial. Busca-se uma definição do alcance da proteção da dignidade humana, questionando-se se todos os direitos fundamentais estariam acobertados por aquele mandamento constitucional fundamental exordial, com destaque para o direito fundamental à liberdade e os direitos fundamentais sociais, apesar de os últimos não serem, como introdutoriamente aludido, expressamente previstos na Lei Fundamental, à exceção da previsão da proteção à maternidade.¹³ Sem embargo de o debate ainda ser atual, o TCF tem tomado decisões que concretamente protegem e consolidam a dignidade humana, mediante o direito ao mínimo existencial (*Existenzminimum*), como se verá adiante;

b) Cláusula geral do Estado social – a ordem constitucional da República Federal da Alemanha é de um Estado Federal, democrático e social, segundo expresso teor do art. 20 I GG, sendo assim, o Estado de direito social respalda e consolida unidade política e material pela legitimidade depois de um período de injustiças e desvinculação dos poderes políticos. Com efeito, passou a estabelecer uma ordem de coletividade com a determinação da vinculação desses poderes ao direito e pela proteção

¹² A *Grundgesetz* dispõe no Art. 1 I GG, a intocabilidade da dignidade humana e determina também, no Art. 1 I 2 GG, que todos os poderes do Estado devem observá-la e protegê-la. Conforme Martins, é da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que decorrem as obrigações estatais de tutelar esses direitos (*grundrechtliche staatliche Schutzpflichten*). “Seu fundamento constitucional normalmente apontado é o Art. 1 I 2 GG, em sua aplicação conjunta com o direito fundamental (de *status negativus*) vulnerável. Tal direito vulnerável deve ser protegido contra ameaças provenientes não apenas do Estado, sobretudo, de particulares nas típicas situações de colisão de direitos fundamentais.” Cf. MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: *Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS; Marcial Pons, 2019, p. 31.

¹³ O art. 6 GG que trata da proteção do casamento, família e filhos, prevê, no parágrafo 4 (art. 6 IV GG), que toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade. O Art. 6 IV GG, conforme Martins, “não contém um expresso mandato legislativo, mas que, sem embargo, é derivado daquele pela literatura especializada e a jurisprudência do TCF. [...] dadas as suas peculiaridades, no caso do Art. 6 IV GG, a igualdade (material, i.e., de chances e condições competitivas) requer justamente a criação de assimetrias perpetradas por tratamentos desiguais na forma de outorga de vantagens. [...] Em regra, não se derivam de tais direitos especiais mais direitos subjetivos a prestações específicas que fossem além da resistência contra o tratamento desigual”. Cf. MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: *Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS; Marcial Pons, 2019, p. 33-34.

do direito,¹⁴ assim como o reconhecimento dos direitos do homem e dos princípios fundamentais, pelo exercício das obrigações estatais-sociais. Portanto, o princípio do Estado social é uma das principais características da ordem jurídica fundada na GG. Dessa forma, não restam dúvidas que a Alemanha é um Estado de direito social;

- c) Direito geral de liberdade – previsto no art. 2 I e II GG, o qual dispõe: I – que todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral; II – Todos têm direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Esses direitos só podem ser restringidos em virtude da lei. Além desses dois dispositivos, pela leitura argumentativa de Bachof, pode-se identificar que sua teoria se apoia também no art. 12 I GG, que preconiza a liberdade de escolha da profissão ao determinar que “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e de aprendizagem [...]”. Essa conclusão se deve ao fato de que, para Bachof, a dignidade da pessoa humana reclama não só a liberdade *strito sensu*, postula também por capacidade de liberdade de escolha que para se concretizar necessita de ações ativas do Estado para sua implementação e concretização.

Percebe-se que na construção teórica do direito ao mínimo existencial de Otto Bachof há uma preocupação com a fundamentação jurídica do instituto, mas não se nota um estudo aprofundado quanto aos parâmetros objetivos do instituto jurídico como seu conceito, conteúdo e as prestações a serem fornecidas. Contudo, verifica-se que se trata de um direito autônomo no sistema jurídico alemão. Assim, deve-se admitir sua inegável contribuição teórica, ainda que incipiente, para traçar as primeiras noções rumo à sistematização dessa figura jurídica. Esse trabalho de Bachof forneceu alguns argumentos para a construção da teoria do bem-estar social na Alemanha e também para as primeiras ações judiciais que reivindicavam os benefícios prestacionais do direito ao mínimo existencial nos tribunais alemães.¹⁵

¹⁴ Konrad Hesse entende que é a legitimidade que consolida o Estado de direito social “quando a ordem da coletividade [...] é determinada pela vinculação ao direito, pelo reconhecimento dos direitos do homem e dos princípios jurídicos fundamentais, pelo exercício das tarefas estatal-sociais, então desenvolve ela, nisto, efeito legitimador [...]”. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 159-160.

¹⁵ Otto Bachof foi um dos precursores da geração de professores alemães do pós-Segunda Guerra Mundial – 1939-1945 – que se incumbiu da tarefa de realizar a reforma e inovar o pensamento e a dogmática jurídica da Alemanha. Bachof unia sua experiência de docência e de atuação jurisdicional na qualidade de juiz, contribuindo, dessa forma, para a reconstrução não apenas na esfera jurídica, como também política na Alemanha. Foi o pioneiro nos estudos sobre a necessidade de o Estado prestar assistência social aos que não tinham condições de se autossustentar, contribuindo, assim, para o desenvolvimento da teoria do direito ao mínimo existencial – *Existenzminimum* – na Alemanha do pós-guerra. Cf. PADILHA, Antonio

3 O Estado de Bem-Estar Social na Alemanha para a concretização do mínimo existencial

Desde a Constituição da República de Weimar, de 1919, já se firmara uma correlação explícita do mínimo existencial, do princípio da dignidade humana com o princípio do Estado social, em seu art. 151, segundo o qual as relações econômicas deviam observar os preceitos da Justiça e ter por objetivo assegurar a todos alemães uma existência digna.

Por sua vez, a GG, promulgada em 1949, diferentemente da vigente Constituição brasileira que é fecunda de direitos sociais, não encarta rol de direitos fundamentais sociais, de caráter prestacional, exceto, a previsão da proteção à maternidade.¹⁶ Essa é mais uma razão para justificar a fundamentação jurídica do mínimo existencial no princípio da dignidade humana e do Estado social. Contudo, isso não significa que no direito alemão não exista nenhuma previsão legal de direitos sociais próprios. Tal previsão e respectiva positivação de direitos subjetivos jurisdicionáveis estão contidas no Código Social alemão (SGB).¹⁷

Nesse sentido, o princípio do Estado social é concretizado infraconstitucionalmente pelo Décimo Segundo Livro do Código Social Alemão – SGB XII¹⁸ – o

Carlos Pacheco. Normas constitucionais inconstitucionais? Um sobrevoo sobre a obra de Bachof. *Revista Direito e Democracia*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011, p. 130.

¹⁶ Konrad Hesse observa que a Constituição alemã atém-se, em suas garantias jurídico-fundamentais, apenas “no essencial aos direitos do homem clássicos, ao lado dos quais se colocam algumas garantias e regulações de princípios especiais (por exemplo: art. 5 III, art. 6 e 7 GG). Em comparação com isso, ela renuncia aos ‘direitos fundamentais sociais’, como eles estão contidos em várias constituições estaduais”. “Garantias de tal índole como, por exemplo, o direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito à habitação, são, todavia, de estrutura totalmente diferente como aquela dos direitos fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por eles serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração”. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 170.

¹⁷ O constituinte originário da *Grundgesetz* não estabeleceu os direitos sociais em nível constitucional, todavia, na Alemanha, existe um Código Social, no qual o Décimo Segundo Livro (SGB XII), trata da Assistência Social e o modo como serão efetivadas as prestações sociais. Cf. www.gesetze-im-internet.de.

¹⁸ A Lei Federal de Previdência Social (BSHG) entrou em vigor (na Alemanha) em 1º de junho de 1962, para substituir os *Princípios do Reich de 1924 sobre os Requisitos, Tipos e Medidas de Previdência Pública (RGR)* e a *Portaria sobre Dever de Cuidado (RFV)*. Desde 1976, a BSHG faz parte do Código Social Alemão (*Sozialgesetzbuch*) – SGB. A partir de então, as normas gerais do SGB, especialmente SGB I e SGB X (o Código Social Alemão é dividido em doze partes), também foram aplicadas à assistência social. Contudo, em 1º de janeiro de 2005, as disposições do BSHG foram substituídas pelo Livro Décimo Segundo do Código Social (SGB XII), o qual trata especificamente da assistência social, cuja tarefa, conforme o §1, do Primeiro Capítulo do SGB XII, preconiza “é permitir que aqueles que têm direitos aos benefícios levem uma vida que corresponda à dignidade humana. A conquista deve permitir que eles sejam, tanto quanto possível, independentes”. Cf. <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbxii/1html>; <https://www.gesetze-im-internet.de>; <http://www.die.sozialhilfe-im-sgbxii>; <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/83685/92580/F621592294/DEU83685.pdf>. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

qual trata de um benefício público no sistema de seguridade social com a função de garantir uma segurança básica, cujo objetivo é fornecer, a quem necessitar de ajuda, as condições materiais essenciais para sua existência física e para manter um nível mínimo de participação na vida social, cultural e política, chamada de *subsistência sociocultural*.¹⁹ Trata-se de uma norma que tem como fonte direta o direito fundamental da dignidade humana, previsto no art. 1º I GG combinado com o princípio do Estado social do art. 20º I GG.

Nesse sentido, o referido Código Social estabelece um padrão mínimo existencial, dispondo o princípio orientador da existência digna ao determinar no apêndice ao §28, primeiro capítulo, §1º, que trata da assistência social e determina que a tarefa do bem-estar social é dar aos que têm direito²⁰ aos benefícios assistenciais uma vida que possa ser considerada digna. Ademais, no próprio dispositivo legal, há o comando de capacitar o máximo possível o indivíduo para que consiga viver de modo independente das prestações lá previstas, não deferíveis àqueles que estão empregados e podem ajudar a si mesmos (*sich selbst helfen*).²¹

Diante desse cenário, de acordo com o SGB XII, a assistência social é diferente de benefício social, pois a primeira é destinada àquelas pessoas que se encontram no estágio da vida considerado como velhice e também no caso de ganho financeiro reduzido, ainda que não seja considerado um idoso; já o segundo

¹⁹ O *Existenzminimum* deve satisfazer tanto a subsistência física como a sociocultural, de modo que se pode distinguir o nível de subsistência do nível sociocultural como sendo, o primeiro, todas as prestações necessárias à sobrevivência do indivíduo com um mínimo de dignidade, como, por exemplo, alimentação, vestuário, moradia e atendimento médico; já no segundo nível de subsistência sociocultural, trata-se de bens imateriais, como a participação na política, na vida social e cultural do país, aos quais todos os alemães têm direito, conforme as leis aplicáveis a cada caso concreto, especialmente as contidas no SGB. Cf. <https://www.schuldnerberatung.de/existenzminimum>. Observação: pesquisa feita no site alemão de um Escritório de advocacia (*Schuldnerberatung*) que não citou o nome do autor do texto. Também cf. Décimo Segundo Livro do Código Social Alemão no §1º, do Primeiro Capítulo do SGB XII e a Terceira Seção, §34 e ss., do mesmo diploma. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de>. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

²⁰ A tarefa do bem-estar social é permitir que os beneficiários levem uma vida que corresponda à dignidade humana. Isso deve permitir que o indivíduo conquiste, o quanto antes, uma vida independente, para isso, os beneficiários e os prestadores de assistência social têm objetivos no âmbito de seus direitos e obrigações de trabalharem juntos para alcançar tal finalidade. Por outro lado, a assistência social não é concedida a quem tem trabalho e renda suficientes para ajudar a si mesmo ou que pode ter essa assistência de terceiros, especialmente de parentes ou provenientes de outros benefícios sociais. Cf. SGB XII, Anexo 28, Primeiro Capítulo: Regras Gerais, §1º, Tarefa da Assistência Social e §2º, Subordinação da Assistência Social, p. 9. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

²¹ BUTTERWEGGE, Christoph. *Crise e futuro do Estado de bem-estar*. VS – Editora de ciências sociais, 4ª, Wiesbaden, 2011 (livro digital, sem paginação). A expressão “*sich selbst helfen*”, em uma tradução livre para o português, significa “ajudar a si próprio”, ou seja, o objetivo primordial do *Existenzminimum* é propiciar aos beneficiários meios para que o indivíduo conquiste independência financeira suficiente para manter a si próprio, podendo, assim, sair do sistema estatal de prestações assistenciais. Cf. Primeiro Capítulo, §1º e §2º do SGB XII, p. 9. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de>. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

(benefício social) é voltado para quem não tem emprego, e idoso sem direito à segurança básica (a assistência social) e capacidade de ganho reduzido.²²

Por outro lado, houve uma reforma dessa lei do bem-estar no curso de 2003, por intermédio do Projeto de Lei de autoria de Peter Hartz, presidente da Comissão Parlamentar do Trabalho do Congresso Alemão. O projeto foi alcunhado de *Hartz IV*, que previa reformas na legislação trabalhista. Nele, entre outras novidades, fez-se a distinção entre as pessoas que são capazes de trabalhar e aqueles que são incapazes. Também foi definido que o subsídio (seguro) desemprego é um benefício de reposição salarial para pessoas empregáveis e não um benefício social na acepção do SGB XII.²³ Ademais, os Estados-membros da federação alemã são os responsáveis pela implementação da assistência social.

A destinação da assistência social, de acordo com o §2 do SGB XII, é de fundamental importância e depende da renda e bens, além de ser subordinada a todos os outros benefícios e direitos, por isso mesmo, os órgãos responsáveis pela assistência social têm de verificar, em todos os casos, se existem pedidos prioritários, como, por exemplo, de outros prestadores de serviços, como seguro de saúde, de pensão ou assistência social a jovens. No entanto, conforme o SGB

²² Conforme a Seção 71 (1), do SGB XII, que trata do auxílio para idosos, estes, quando têm ganho reduzido, devem receber benefícios de assistência de integração para prevenir, superar ou aliviar as dificuldades que surgem durante a velhice para poderem ter a oportunidade de participar de forma independente da vida da comunidade e para fortalecer a capacidade de ajudarem a si mesmos. A segurança básica na velhice e em caso de capacidade de ganho reduzida (§§41 ss., do SGB XII), é um benefício social (baseado nas necessidades de idosos e de quem tem renda reduzida) que existe na Alemanha desde 1º de janeiro de 2005, para garantir o sustento de pessoas que atingiram o limite de idade e são aposentadas compulsoriamente ou que tiveram que se aposentar definitivamente da vida ativa por invalidez e o valor dos proventos não são suficientes para cobrir as despesas básicas e a subsistência sociocultural. É um benefício exclusivo para as pessoas que preenchem esses requisitos. Cf. Seção 71 (1) §§41 ss., do SGB XII, Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça, p. 45. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

²³ O *Hartz IV* trata-se de uma reforma dos benefícios sociais e do seguro desemprego introduzida na Alemanha em 2003 por um governo de coalizão liderado pelo Partido Social Democrata (SPD). Tais reformas foram promulgadas em lei em 2003 e entraram em vigor em janeiro de 2005, com o objetivo de dificultar severamente as regras pelas quais se pode pedir benefícios sociais ou de desemprego. Dentre as novas regras, destaca-se a exigência de que os beneficiários de prestações estatais participem regularmente de reuniões com um consultor do Centro de Emprego e demonstrem que estão em busca de trabalho efetivamente ou que se inscreveram em programas de treinamento de habilidades preparatórias para o trabalho. Nesse sentido, o consultor pode reter benefícios se o indivíduo se recusar a aceitar um emprego, ainda que essa oferta de trabalho não seja a que o beneficiário gostaria de assumir. Além disso, caso a pessoa falte a uma única reunião do Centro de Emprego pode ter como consequência a perda parcial do benefício e, caso passe a faltar com regularidade, ocorrerá o cancelamento completo das prestações. Também o *Hartz IV* não permite que a pessoa que recebe seguro desemprego seja, simultaneamente, beneficiária de outros auxílios assistenciais. Cf. ZIMMERMANN, Nils. *Problemas alemães em poucas palavras: Hartz IV*. Data da publicação: 06/06/2017. Disponível em: <https://www.dw.com/en/german-issues-in-a-nutshell-hartz-iv/a-39061709>. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

XII, os benefícios de moradia e alimentação devem ter prioridade sobre a assistência social citada acima.²⁴

Quanto ao modo de concessão das prestações sociais, elas são geralmente pagas de acordo com o §9 do SGB XII, conforme a peculiaridade do caso individual, desde que as prestações não estejam associadas a custos adicionais desproporcionais. Além disso, os benefícios ambulatoriais, segundo o §13 do SGB XII, têm precedência sobre de internação e semi-internação e a pessoa tem restrições de escolha quanto ao hospital que prestará o atendimento.²⁵

Por outro lado, em conformidade com a Seção 10 do SGB XII, os benefícios prestacionais consistem em dinheiro, bens e serviços. As prestações em dinheiro geralmente têm precedência sobre as demais, a menos que a lei preveja em sentido contrário. Já os requisitos de elegibilidade para fazer jus às prestações sociais estão previstos no §19 SGB XII, que dispõe que, além da análise das condições sociais do requerente, deve-se levar em consideração a renda e ativos do cônjuge e, no caso de filhos menores e solteiros, estes devem ser considerados no cálculo do benefício prestacional que será deferido.

Tratando-se de estrangeiros e seus parentes residentes na Alemanha, segundo a Seção 23 do SGB XII, não recebem benefícios prestacionais, se tiverem direito a benefícios nos termos da Lei de Benefícios para Requerentes de Asilo e, ainda assim, será feita uma análise para saber a condição desse imigrante, ou seja, se está no país somente com intuito de receber os benefícios prestacionais ou se tem direito de residência com o objetivo de conseguir emprego. Contudo, preenchidas certas condições, os estrangeiros podem receber benefícios sociais como parte de uma decisão discricionária, caso o nível de subsistência não estiver protegido e não puder ser garantido de outra maneira.²⁶

²⁴ Conforme a Seção 27ª do SGB XII, que trata dos Meios de Subsistência Necessários, Necessidades Padrão e Taxas Padrão, no Inciso 1, dispõe que “O meio de vida necessário para garantir o nível de subsistência inclui, com prioridade, alimentos, roupas, cuidados pessoais, utensílios domésticos, energia doméstica, água quente, bem como, moradia e aquecimento”. Cf. Seção 27ª (1) do SGB XII, Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça, p. 17. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

²⁵ O §9 (1), do Segundo Capítulo do SGB XII, que trata dos Benefícios da Assistência Social, prevê que “Pedidos dos beneficiários que são baseados na estrutura do serviço, devem ser atendidos tanto quanto sejam apropriados. Pedidos de benefícios de internação ou a cobertura parcial hospitalar só devem ser atendidos se forem específicos para o caso individual necessário. Caso contrário, a necessidade não poderá ser atendida ou será parcialmente atendida, conforme a regra básica da Assistência Social que determina que o pedido do beneficiário não pode apresentar custos adicionais desproporcionais”. Cf. §9 (1), do Segundo Capítulo do SGB XII, p. 10. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de>. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

²⁶ A Seção 23, do SGB XII, que trata da Assistência Social para Estrangeiros, no Inciso 1, dispõe que “Estrangeiros que realmente residem na Alemanha podem requerer ajuda para seu sustento, ajuda em razão de doença, ajuda durante a gravidez e a maternidade, além de ajuda nos cuidados, de acordo com este Livro”. Contudo, no Inciso 3, da mesma Seção, há a previsão expressa de que “os cidadãos estrangeiros

Já quando se trata de fornecer prestações para alemães que se encontram no exterior, isso apenas é possível em situação de emergência excepcional, conforme a Seção 24 do SGB XII que dispõe que se não for possível o retorno ao país por razões, por exemplo, de cuidados e educação de crianças que não podem deixar o país onde estão ou devido à própria necessidade de cuidados com os pais, nesses casos, o §25 O do SGB XII, padroniza o chamado “regulamento de ajuda de emergência”, por meio do qual os prestadores de serviços poderão exigir o reembolso dos custos de certas prestações assistenciais de emergência. Na prática, essa regra se aplica normalmente para os casos em que o cidadão alemão se encontra no estrangeiro e não tem um seguro saúde e precisar de assistência médico-hospitalar e ela mesma não puder arcar com essas despesas.

Destaca-se também que um projeto de lei foi submetido ao Legislativo alemão em 2016.²⁷ Tal Projeto de Lei teve origem no Ministério do Trabalho Alemão, no qual há a previsão de que os cidadãos da União Europeia serão excluídos dos benefícios da Lei de Segurança Básica para quem procura emprego, prevista no SGB II (Segundo Livro do Código Social Alemão) se estiverem no país com o intuito ou ardil de se beneficiarem das assistências sociais estatais, de modo que o objetivo é evitar que pessoas que moram nos países que fazem parte da União Europeia se beneficiem indevidamente das leis sociais alemãs. Nesse sentido, somente receberão benefícios sociais de acordo com as normas que constam do projeto de lei que foi encaminhando pelo Governo Federal da Alemanha.²⁸ Entre as

e seus familiares não recebem quaisquer benefícios, nos termos do Inciso 1, se: 1. Eles não são empregados ou residentes na República Federal da Alemanha; 2. Não tenham direito à residência ou o seu direito de residência decorre exclusivamente do propósito de procurar emprego; 3. Exercem seu direito de residência, apenas, ou em complemento do direito de residência nos termos do nº 2 do art. 10 do Regulamento (EU) nº 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril de 2011 que trata da livre circulação de trabalhadores na União (JO L 141 de 27.05/2011, p. 1), combinado com o Regulamento (EU) 2016/589 (JO L 107 de 22 de abril de 2016, p. 1); 4. Estrangeiros que entraram no país com o objetivo de receber assistência social”. Cf. Seção 23 (1), (3), do SGB XII, p. 13-14. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

²⁷ Em artigo de autoria de Sabrina Pabst publicado no *site* www.dw.com, em 12/10/2016, com o título: “Uma lei contra o ‘turismo social’” (tradução livre), a autora relata que os cidadãos da União Europeia só terão direito à assistência social após cinco anos de residência, se nunca tiverem trabalhado na Alemanha. Essa previsão constava de um projeto de lei do Ministério do Trabalho, o qual foi aprovado em 2016 e incorporado no § 7 (4) 2c, do SGB II (Código Social que trata da Segurança Básica para quem procura emprego) e na Seção 23 (3), 3, do SGB XII. Cf. <https://www.dw.com/de/ein-gesetz-gegen-sozialtourismus/a36022537#:~:text=EU%20DB%C3%BCrger%20in%20Deutschland%20haben,Gesetzentwurf%20aus%20dem%20Arbeitsministerium%20vor>.

²⁸ Esse Projeto de Lei foi aprovado em 2016 e incorporado no § 7 (4) 2c, do SGB II (Código Social que trata da Segurança Básica para quem procura emprego) e na Seção 23 (3), 3, do SGB XII. Cf. https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_2/&prev=search&pto=aue. Cf. (SGB XII, p. 13-14. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça – www.gesetze-im-internet.de). Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

regras, existe a determinação de que o cidadão da União Europeia que se encontrar no território alemão somente será contemplado com algum benefício social se adquirir esse direito por meio de contribuição anterior para o sistema social alemão. Ademais, prevê que essas pessoas poderão solicitar o benefício social após cinco anos de residência legal na Alemanha e se estiverem desempregadas. Por outro lado, foi confirmado pelo Tribunal de Justiça Europeu, em 11 de novembro de 2014, que a Alemanha somente pode recusar a assistência prevista no *Hartz IV* aos cidadãos da União Europeia se tiverem entrado no país exclusivamente com esse objetivo.

Quanto ao conteúdo do benefício social (*Existenzminimum*),²⁹ está previsto no §8 do SGB XII, como sendo:

1. Ajuda para viver (ajuda para subsistência) – cuja quantia dos benefícios é baseada nos níveis de requisitos definidos. Esse auxílio à vida concorre com o subsídio do desemprego II, de modo que o auxílio para viver não é disponibilizado para quem tem direito ao subsídio (auxílio) desemprego, pois essa pessoa é considerada empregável;
2. Segurança básica para a velhice e no caso de incapacidade e ganho reduzido – tem prioridade sobre o apoio à vida, de modo que, na prática, somente se perde essa prioridade nos casos em que a pessoa já recebe o seguro desemprego II (pessoas que podem trabalhar, mas estão no momento desempregadas recebendo o seguro desemprego, conforme o §20 do Segundo Livro do Código Social – SGB II) ou segurança básica que é uma renda mínima fornecida pelo Estado, para garantir o sustento de quem não tem o suficiente para manter suas necessidades primárias;
3. Ajuda à saúde – visa dar acesso à saúde para as pessoas que não têm um seguro saúde;
4. Assistência integral às pessoas com deficiência – *assistência à integração* – esse auxílio destina-se a apoiar pessoas que têm uma participação insignificante aos bens sociais devido a uma deficiência. Essa ajuda normalmente é feita em espécie, contudo, pode ser fornecida na modalidade de *orçamento pessoal* que é composto por apoio na educação e treinamento escolar. Observa-se, conforme a Seção 92 do SGB XII, que os pais ou responsáveis das pessoas com deficiência só podem usar esse benefício nos limites dessa norma;

²⁹ As prestações que fazem parte do conteúdo do mínimo existencial alemão (*Existenzminimum*) estão previstas no Segundo Capítulo, Primeira Seção, §8 e seus incisos, do SGB XII, p. 10. Cf. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de>. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

5. Ajuda de cuidados – é a assistência de enfermagem para pessoas que precisam de cuidados diários desse profissional de saúde. Essa ajuda pode ser concedida em dinheiro, na forma de subsídio de assistência;
6. Ajuda para superar dificuldades sociais especiais – é fornecida para grupos especiais de pessoas que precisam superar dificuldades sociais especiais, como é o caso dos sem-teto e ex-prisioneiros. Esse benefício é fornecido independentemente de renda e ativos da pessoa em questão;
7. Ajuda em outras situações – esse tipo de ajuda compõe outros benefícios do bem-estar social, tais como: ajuda para a continuidade da família; aconselhamento a idosos; ajuda aos cegos (complemento salarial se este for muito baixo); custeio do funeral e auxílio para as situações não cobertas pelos demais regulamentos da assistência social.

Percebe-se que existe de fato o direito constitucionalmente reconhecido a prestações para garantir um nível de subsistência digna através de uma renda básica ou mínima para evitar a pobreza absoluta do cidadão alemão (um mínimo existencial), que se destina a fornecer prestações absolutamente necessárias para garantir a existência física e permitir um nível mínimo de participação na vida social, cultural e política, de modo que o controle constitucional da quantidade de prestações sociais com essa finalidade, limita-se a verificar se os benefícios são evidentemente insuficientes (controle de evidências), o que acontece apenas se for notório que as prestações gerais não garantem que os beneficiários possam viver na Alemanha fisicamente, social e culturalmente com dignidade e de acordo com os princípios do Estado social previstos no art. 20 I GG.

Assim, ao projetar os serviços a serem prestados para garantir um nível razoável (digno) de subsistência e quais as necessidades que podem ser atendidas para que esse objetivo seja alcançado, isso deve ser feito de maneira oportuna e realista e os resultados devem ser justificáveis com base em números confiáveis e métodos de cálculo conclusivos.

No entanto, não é necessário determinar perfeitamente o mínimo de subsistência incluindo todos os fatores concebíveis; o que é realmente decisivo é que o resultado seja suficiente para assegurar uma existência com os padrões da dignidade humana. Nesse sentido, além do controle de evidências,³⁰ deve ser verificado se os resultados no momento da aferição podem ser justificados, confiáveis e conclusivos. Portanto, o ponto de partida para determinar o nível

³⁰ O controle de evidências consiste na margem de discricionariedade que o legislador possui para avaliar se as prestações dos benefícios estão atualizadas em conformidade com a situação socioeconômica da comunidade e o caso concreto em análise. Ademais, segundo o 1. BvL 10/10, julgado em 18 de julho de 2012 pelo Primeiro Senado: “além da verificação de evidências, o Tribunal Constitucional Federal

de requisito padrão é o resultado de uma amostra nacional de renda e consumo (SVE), de acordo com a Seção 28 (1) SGB XII.³¹

4 Construção jurisprudencial do direito ao mínimo existencial nos tribunais alemães

Nesta seção devem ser discutidos o reconhecimento e a formulação da jurisprudência do instituto do mínimo existencial nos tribunais alemães. Antes, porém, esclareça-se que na Alemanha o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado. Por isso, o TCF tem competência exclusiva para realizar o controle vinculante das normas, abstrata ou concretamente.³² Em razão disso, o juiz das instâncias inferiores não poderá deixar de aplicar a norma que não foi declarada inconstitucional pelo TCF, ainda que considere que a lei ou seu dispositivo é incompatível com a GG.

Contudo, no sistema jurídico alemão, todo juiz deve fazer o exame da inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso concreto, independente de provocação da parte interessada. Não obstante, não pode negar sua aplicabilidade antes de o TCF declarar a inconstitucionalidade da norma em questão.

verifica se os serviços podem ser, atualmente, justificados com base em números confiáveis e métodos de cálculos conclusivos (ver BVerfGE 125, 175 <226>). O tipo e a quantidade dos benefícios devem ser explicados usando um método de acordo com o qual as necessidades sejam expostas de forma completa e precisamente determinadas". Cf. BVerfG, Decisão do Primeiro Senado de 18 de julho de 2012 – BvL 10/10 –, Rn. 1-114. Disponível em: https://www.bverfg.de/e/ls20120718_1bvl001010.html. Tradução livre. Acesso em: 05 ago. 2020.

³¹ A Seção 28 (1) faz parte do Terceiro Capítulo do SGB XII. Nela estão estipulados os requisitos padrão para determinar o valor do benefício a ser fornecido ao requerente, levando-se em consideração os resultados de uma amostra nacional de receitas e despesas de consumo das famílias e grupos de pessoas de baixa renda. Essa tarefa cabe ao Ministério Federal do Trabalho, através do Escritório Federal de Estatística. Cf. Seção 28 (1) e (3), do SGB XII, p. 16. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

³² Conforme Leonardo Martins, "há de se ressaltar que, ao contrário do que ocorre na tradição brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade é concentrado, ou seja, é da competência exclusiva do TCF realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (controle concreto). Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar a aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, onde se adotou o assim denominado 'sistema difuso' [...] na Alemanha, todo juiz tem o dever de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada, mas não lhe pode negar a aplicabilidade quando ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal que tem a competência exclusiva para tanto, o TCF". Cf. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Galdes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Sudamérica. p. 36. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencia-epareceres/jurisprudencias/docsjurisprudenciais/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

Como primeiro caso submetido a um tribunal alemão no qual a questão de mérito era a concessão pelo Estado da garantia concreta de um mínimo existencial, tem-se uma discussão sobre o auxílio de emergência para viúvas de homens mortos durante a Segunda Guerra Mundial, estipulado em 8 de agosto de 1949 e editado em 08 de agosto de 1950, o qual destinava às viúvas o valor de 130 marcos alemão mais uma equalização conforme o número de filhos da viúva e se esta tinha ou não capacidade para o trabalho. Porém, no caso concreto que gerou a reclamação constitucional, a viúva reclamava que não teve direito à equalização apesar de, além de viúva, ter três filhos e não poder trabalhar. Essa reclamação iniciou-se no Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), órgão jurisdicional supremo da Justiça (Especial) Administrativa,³³ mas findou-se a causa sendo submetida ao Primeiro Senado do TCF, sob o argumento de que a situação em que a viúva se encontrava violava os direitos fundamentais dos arts. 1 I GG; 2 I e II GG; 6 I II e IV GG, além do 20 I GG. Ademais, alegava que havia uma determinação de que o governo federal estava obrigado a submeter imediatamente uma lei complementar ao Parlamento prevendo o aumento e a regulamentação da pensão de sobrevivência das viúvas de forma adequada, levando-se em consideração o índice de inflação, dentre outros fatores. Porém, na sua decisão o TCF observa que não é um órgão legislativo, de modo que, para criar uma lei que corresponda aos ideais de justiça social, liberdade, igualdade e equidade a tarefa é do legislador.

Nesse sentido, foi firmado pelo Tribunal Administrativo Federal alemão³⁴ o entendimento de que o legislador deve fazer a conformação legislativa para

³³ O desenvolvimento da jurisprudência em relação ao *Existenzminimum* inicia-se com a decisão publicada em BVerfGE 1, 97, do Primeiro Senado, de 19 de dezembro de 1951, que discutia a insuficiência do valor da pensão de sobrevivência da viúva M. Sch. (que não podia trabalhar) e seus três filhos menores (6, 13 e 16 anos), após tentativa de solução do caso no Tribunal Administrativo. No mérito, a autora requeria pensão de compensação por não poder trabalhar, mais ajuda de emergência (auxílio imediato). A requerente alegava que as condições de sobrevivência em que se encontrava juntamente com seus filhos violava os Art. 1 I; Art. 2 II; 6 I, II e IV GG, além do 20 I. Ademais, o fato dos filhos serem de mãe incapaz de trabalhar, eles não poderiam estar recebendo valor igual aos filhos de mãe capaz de trabalhar. No entanto, o TCF entendeu, aqui em apertada síntese, que apenas o art. 20 GG, contém um compromisso com o Estado de bem-estar social, quer por sua importância decisiva na interpretação da Lei Fundamental, como também na interpretação de outras leis, cabia ao legislador e não ao TCF ser ativo e se esforçar para criar condições de vida aceitáveis para todos aqueles que precisarem. Cf. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001097.html>. Última edição em 15 de março de 2020. Por A. Tschentscher Rainer M. Christmann. Tradução livre. Acesso em: 20 ago. 2020.

³⁴ Cf. BVerfGE 1, 159. Três anos após a decisão do Tribunal Constitucional Federal publicada em BVerfGE 1, 97, na referida decisão da mais alta Corte administrativa da Alemanha tratava-se de se decidir se o cidadão necessitado tem um direito legal subjetivo a benefícios sociais estatais. Nesse sentido, Volker Neumann diz que nessa decisão ficou claro que “A custódia dos pobres não é objeto de reclamação, mas sim objeto de obrigação de interesse público [...] para que não haja fome, necessidade e mendicância das classes mais baixas da população [...] e afirmou com os princípios do Estado de direito crítico e social que diz respeito à concessão de realizações materiais, além do reconhecimento de que todos os cidadãos

garantir uma prestação especial inevitável, contínua e não única, para aqueles que carecem de benefícios prestacionais. Deve-se garantir que essas prestações sejam suficientes para proporcionar um nível de subsistência digna. Até que um novo regulamento seja aprovado pelo legislador, é permitido que essa reivindicação possa ser requerida diretamente do art. 1 I c.c. o art. 20 I GG, às custas do Governo Federal.³⁵

Essa decisão paradigmática provocou uma discussão no Legislativo que culminou com a elaboração de uma lei infraconstitucional que regulamentou o direito do indivíduo carente a receber prestações assistenciais capazes de mantê-lo em uma situação que possa ser considerada digna, respeitando os preceitos constitucionais da dignidade humana e do Estado social. Essa determinação está prevista no art. 4 I da Lei Federal sobre Assistência Social (*Bundessozialhilfegesetz*).³⁶

O debate sobre o mínimo existencial alcançou maior relevo nos tribunais alemães em alguns *leading cases*. Entre eles, destaca-se a assim chamada Decisão *Numerus Clausus*³⁷ proferida em 1972 pelo TCF que foi provocado a estabelecer decisão *erga omnes* sobre os critérios explícitos e objetivos em relação ao ingresso

como participantes da comunidade e portadores de direitos. Ao fazer isso também se busca fundamento na dignidade da pessoa humana. [...] Nasceu com isso também o direito a uma renda mínima, embora não como direito diretamente garantido constitucionalmente, mas como uma interpretação da lei em conformidade com a dignidade humana e o Estado social” Cf. NEUMANN, Volker. *Dignidade humana e nível de subsistência*. Texto original: *Menschenwürde und Existenzminimum*. Disponível em: <https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/2247/Neumann.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Tradução livre. Acesso em: 20 ago. 2020.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A Lei Federal de Assistência Social (BSHG) regulamentou, do ano de 1962 a 2004, a forma como se dava a assistência social para as pessoas residentes na Alemanha e que fizessem jus a esse tipo de benefício estatal. Essa lei entrou em vigor em 1º de junho de 1962 para substituir os Princípios não são desde o *Reich* de 1924 sobre Requisitos, Tipos e Medidas de Previdência Pública (RGr) e a Portaria sobre o Dever de Cuidado (RFV). Desde 1976 a Lei Federal de Assistência Social faz parte do Código Social SGB e a partir de 1º de janeiro de 2005, as disposições do BSHG foram substituídas pelas disposições do Livro Décimo Segundo do Código Social – SGB XII.

³⁷ Cf. BVerfGE 33, 303 refere-se a dois casos de controle concreto dos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, cujo mérito era a regulamentação do ingresso, através de prova de admissão, no curso de medicina nas universidades das cidades citadas acima, nos anos de 1969 e 1970. O TCF decidiu que “Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade”. Cf. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Galdes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Sudamérica, p. 656. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencia-e-pareceres/jurisprudencias/docsjurisprudenciais/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf; Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O Tribunal Constitucional da Alemanha e o direito ao ensino superior. Artigo publicado no *site Conjur* em 05 de janeiro de 2018, p. 1. Acesso em: 22 jul. 2020.

de alunos no ensino superior, pois havia divergência de entendimento nos tribunais administrativos de Hamburgo e da Bavária.

No dispositivo dessa decisão³⁸ foram traçados os parâmetros constitucionais que deveriam incidir sobre aquele tema, com destaque especial para a delimitação da abrangência do princípio da reserva do possível que é um elemento que incide no direito ao mínimo existencial, de modo que ficou especificado o princípio da reserva do possível tomando-se como parâmetro dois aspectos: 1) o interesse do aspirante à vaga no ensino superior; 2) o interesse coletivo de custear os cursos superiores. Após a análise desses parâmetros, o Tribunal entendeu que a pretensão individual deveria limitar-se ao que razoavelmente poderia se exigir, ou seja, a liberdade de escolha profissional estava restrita aos limites do que razoavelmente a coletividade poderia financiar por intermédio do Estado. Portanto, ficou estabelecido que o princípio da reserva do possível está intrinsecamente vinculado ao princípio da razoabilidade.³⁹

Outro caso que estabeleceu diretrizes jurisprudenciais ao mínimo existencial ocorreu em 1975, quando o TCF analisou um recurso em face de uma decisão proferida por um tribunal estadual que considerou inconstitucional um dispositivo da lei previdenciária da época que tratava do limite máximo de idade para que os órfãos pudessem receber pensão, que, no caso, era de 25 anos.⁴⁰

Conforme o tribunal estadual, tratando-se de órfãos portadores de deficiência mental ou física o limite etário não deveria prevalecer, uma vez que tais pessoas seriam incapazes de se sustentar mediante seu próprio esforço, com esse argumento considerou inconstitucional esse dispositivo da lei por entender que feria o princípio do Estado social estabelecido na Lei Fundamental, portanto, não aplicou o dispositivo da lei ao caso concreto.

Ao analisar o mérito do recurso, o TCF entendeu que o Estado deve prestar assistência social aos necessitados, sendo um dos deveres estatais garantir as condições mínimas que permitam uma vida digna com inclusão e participação social,

³⁸ BVerfGE 33, 303, conforme Ingo Wolfgang “foi nesse julgado que restou cunhada a tão falada (e mal falada) figura da reserva do possível, acoplada também à razoabilidade da pretensão do cidadão em face do Estado”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O Tribunal Constitucional da Alemanha e o direito ao ensino superior. Artigo publicado no *site Conjur* em 05 de janeiro de 2018, p. 1. Acesso em: 22 jul. 2020.

³⁹ Seguindo o princípio da razoabilidade, é o legislador democraticamente legitimado para estabelecer o *quantum* e modo como as prestações estatais serão ofertadas aos indivíduos. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O Tribunal Constitucional da Alemanha e o direito ao ensino superior. Artigo publicado no *site Conjur* em 05 de janeiro de 2018 p. 2. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴⁰ BVerfGE 40, 121. Cf. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Galdes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung – Programa Estado de Derecho para Sudamérica, p. 827-829. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencia-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudenciais/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

además não é admissível que esse amparo legal termine em razão da idade do indivíduo que continua a necessitar desse auxílio em razão de ser portador de deficiência.

Dessa forma, o Tribunal reconheceu o direito à assistência social pleiteada pelo autor, contudo reformou a decisão do juiz do tribunal estadual que havia considerado inconstitucional o dispositivo da norma e por esse motivo não o aplicou ao caso concreto. Essa reforma da decisão pelo TCF se deu porque, ainda que tenha considerado a inconstitucionalidade do dispositivo da norma, o juiz estadual não poderia deixar de aplicá-la, tendo em vista que o tribunal competente não havia declarado formalmente a inconstitucionalidade da lei ou do dispositivo, pois, como já foi dito, somente o Tribunal Constitucional Federal possui competência exclusiva para realizar o controle vinculante das normas e declarar sua inconstitucionalidade, de modo que, enquanto isso não ocorrer, cabe aos juízes dos tribunais inferiores suspender o processo e encaminhá-lo ao tribunal competente para decidir sobre a inconstitucionalidade ou não.

Ainda sobre o caso em debate, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que há uma espécie de cláusula de reserva do legislador que tem liberdade e competência para a conformação da lei, portanto, ele pode dispor sobre o modo que se apresente mais adequado e oportuno para determinar a forma de ajuda financeira para pessoas portadoras de deficiência, além de decidir a extensão desse auxílio, não cabendo ao Judiciário se manifestar sobre essa matéria que é de competência do Poder Legislativo e, portanto, deve-se respeitar o princípio da separação dos poderes e o do Estado de direito.

Essa discussão jurisprudencial se dá também, conforme já mencionado, em razão da Lei Fundamental da Alemanha não dispor expressamente um rol de direitos sociais prestacionais, excetuando apenas os direitos de proteção à maternidade, aos filhos e a atuação positiva do Estado para a compensação de desigualdades de fato que digam respeito à discriminação de mulheres e portadores de necessidades especiais, os quais se encontram encartados na Constituição. Fato que, inegavelmente, carrega para os tribunais tais demandas, cuja mais emblemática data já deste século, mais precisamente de 09 de fevereiro do ano de 2010,⁴¹ na qual o TCF fez o controle normativo concreto. Essa decisão ficou

⁴¹ Cf. BVerfGE 125,175 (*Hartz IV*). Trata-se de uma decisão que recebeu esse nome *Hartz IV* em alusão ao empresário e membro da direção da Volkswagen S.A., Peter Hartz, líder da comissão que elaborou o Projeto-de-Lei sobre as prestações sociais destinadas a desempregados. A *Hartz IV* é a Quarta Lei de Prestações Modernas de Serviços no Mercado de Trabalho que introduziu o seguro desemprego no Código Social, Livro II (SGB II), com vigência a partir de 1º de janeiro de 2005, na forma de uma segurança básica em termos de recursos financeiros para empregáveis (pessoas desempregadas, porém, aptas para o trabalho), de modo que, essa pessoa recebe um seguro desemprego e os membros da família que não podem trabalhar, especialmente menores de 15 anos, que vivem com esse desempregado em uma

conhecida como *Hartz IV*, nomenclatura que faz alusão a Peter Hartz, presidente da Comissão Parlamentar do Trabalho do Congresso Alemão que elaborou o Projeto de Lei que, como já foi dito anteriormente, previa reformas na legislação trabalhista, dentre elas o auxílio financeiro mensal no valor de 345 euros, atualmente 399 euros.

Quanto ao mérito das Representações Judiciais de autoria de órgãos da jurisdição especial administrativo-social, verifica-se que o TCF se pronunciou pela compatibilidade da lei infraconstitucional que trata do auxílio financeiro estatal já existente e com a lei que instituía o *Hartz IV*, conforme o art. 1 I GG, combinado com o princípio do Estado social previsto no art. 20 I GG.

A decisão leva em consideração as várias possibilidades que o indivíduo pode se encontrar para ter ou não direito ao benefício prestacional, como, por exemplo, estar ou não desempregado, seu estado civil, sua idade, se tem filhos ou não, dentre outras. Dessa forma, o critério para o estabelecimento do valor do benefício é pautado na garantia de que o indivíduo carente terá condições materiais para manter sua existência física, tais como alimentação, vestuário, moradia, aquecimento durante o inverno, higiene e saúde.

Por outro lado, há que se possibilitar uma participação, mínima que seja, na vida social, cultural e política, com a formação ou qualificação profissional da pessoa. A despeito desses aspectos importantes do *Hartz IV*, há nele um ponto fundamental para o tema do mínimo existencial que é a estipulação do modo como as prestações fornecidas pelo Estado serão efetivadas, as quais estão consubstanciadas no *espaço de conformação do legislador*.

Portanto, a decisão que determina o *quantum* do mínimo existencial, seja ele em dinheiro, *in natura* ou serviços, é exclusivamente de competência do legislador que, contudo, tem limites de discricionariedade na aferição das prestações que terão que ser suficientes para suprir as necessidades do indivíduo, de modo que, se o benefício for destinado para garantir a existência física da pessoa, menor será sua margem discricionária, já quando se trata da participação na vida social, maior será o espaço para o legislador exercer sua discricionariedade.

Não obstante esse leque discricionário do legislador alemão no que tange à quantificação e qualificação do mínimo existencial, deve-se esclarecer que é possível uma revisão pelo Judiciário do ato legislativo quando ficar evidenciada a falta de transparência e a objetividade nos cálculos que determinaram o valor que

comunidade carente, recebem benefícios sociais. O desempregado deve fazer cursos para ser reinserido. Disponível em: www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html;jsessionid=73944DD9702ABF5B997161285D78993A; Cf. MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Vol. I. *Dignidade humana, livre desenvolvimento, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade*. São Paulo: Korand-Adenauer – KAS, 2016, p. 39.

será concedido e que, por ventura, seja evidentemente insuficiente para custear a prestação a que se destina. Tal interferência revisional do Judiciário só ocorre em casos excepcionais em que o equívoco do Legislativo se mostre claro e evidenciado. Por isso mesmo esse controle judicial é chamado pela doutrina alemã de “controle de evidência” (*Evidenzkontrolle*), de modo que a evidência é o requisito fundamental e inafastável para a interferência do Poder Judiciário na esfera da competência do Legislativo.

Sendo assim, no cenário jurídico alemão, o mínimo existencial não é empregado pelos tribunais de forma meramente retórica argumentativa, mas sim com bases sólidas de fundamentação e legalidade, de modo que o TCF não atua de maneira ativista na determinação de concessão desse direito, remetendo, sempre que necessário, ao legislador para a conformação dos parâmetros do conteúdo do mínimo existencial e o modo como as prestações serão concedidas.

É pacífico, portanto, o entendimento no TCF que a falha em atender aos requisitos mínimos de subsistência e a violação da proibição de discriminação também infringe o mínimo de subsistência (o mínimo existencial) do indivíduo, previsto no art. 11 GG, em conjunto com o art. 20 I GG e também o nível de subsistência sociocultural dos indivíduos, por meio do Terceiro Capítulo, Seção Terceira e subseções 34 e 34a do SGB XII.

5 Fundamentos teóricos do mínimo existencial na doutrina jurídica brasileira

Observa-se que, assim como no direito alemão não há uma previsão constitucional explícita do instituto do mínimo existencial, também não há no Brasil. Isso, porém, não impediu que em ambos os países se reconhecesse esse direito que se originou de uma construção teórica e jurisprudencial.

Por vezes, procura-se fazer na literatura jurídica brasileira que se ocupou da figura do mínimo existencial um diálogo entre ele e os direitos sociais prestacionais. O primeiro seria uma forma de otimização destes, reforçando o dever estatal de proteção ao indivíduo que não tem acesso aos bens que necessita para a sobrevivência com o mínimo de dignidade. Nesse sentido, essa abordagem sobre o direito ao mínimo existencial preconiza uma distribuição, de maneira minimamente igualitária, dos bens sociais por meio da adoção de políticas públicas direcionadas e de escolhas orçamentárias racionais em razão da escassez dos recursos financeiros do Estado.

Por outro lado, segundo essa abordagem, sintetiza-se o conceito do mínimo existencial como correspondendo ao núcleo essencial dos direitos fundamentais,

amparado no princípio da dignidade humana, no Estado democrático de direito e na busca pela felicidade, de maneira que somente com o acesso ao mínimo existencial é que se pode falar em uma igualdade de chances e, com isso, seria possível iniciar o exercício da cidadania reivindicatória e da democracia deliberativa que têm o condão de assegurar os direitos sociais prestacionais em sua expressão mais ampla, outorgados pelo legislador e sem o controle contramajoritário do Judiciário.

No mais, argumenta-se que, ainda que o direito ao mínimo existencial se respalde também no direito fundamental à liberdade e à igualdade, pois em estado de miséria e pobreza absoluta não existem possibilidades reais para o exercício da liberdade, assim como não se tem igualdade mínima material de condições para alcançar as conquistas socioeconômicas, de modo que, o mínimo existencial seria uma proteção contra a pobreza absoluta, um respeito ao princípio da dignidade humana e da cláusula do Estado social que, pela interpretação sistemática da Constituição Federal, é o modelo de Estado preconizado pelo constituinte originário que encartou no texto constitucional um rol extensivo de direitos sociais e instituiu uma ordem econômica no art. 170, *caput* e no inciso VII do mesmo dispositivo da CF; ordem que seria voltada para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, visando à redução das desigualdades regionais e sociais.

Segundo a tese em análise, não foi traçado com especificidade o conteúdo do mínimo existencial, porque esse direito poderia abranger qualquer direito essencial à sobrevivência com dignidade, ainda que não se encaixasse nas fileiras dos direitos fundamentais. Igualmente, não se quantifica o mínimo existencial por se entender que o direito subjetivo está relacionado à qualidade de vida e não apenas a um número predeterminado de prestações ou mesmo de bens essenciais para se viver com dignidade.

Apesar de, ao longo do desenvolvimento desse tipo de abordagem do mínimo existencial, discorrer-se e estabelecer-se uma relação de proximidade constante do instituto do mínimo existencial com os direitos sociais, observa-se que o mínimo existencial não se confunde com os direitos sociais e econômicos, pois esses estão conformados e atrelados à noção de justiça social apenas atingível mediante atuação do legislador e do contingenciamento econômico. Ademais, os direitos sociais estariam contidos numa esfera de *status positivus socialis* da pessoa, compondo o maior número de prestações estatais voltadas para o bem-estar, as quais estão submetidas a escolhas políticas e balizadas conforme o orçamento público.⁴²

⁴² Para Ricardo Lobos Torres, o mínimo existencial não pode ser confundido com os direitos sociais e econômicos, uma vez que estes estão vinculados ao incremento de justiça social que depende exclusivamente

Já o mínimo existencial é uma condição de liberdade, representa uma proteção à pessoa contra a interferência indevida do legislador nos meios e ferramentas que interferem na promoção de uma vida digna (essa característica do mínimo existencial teria um *status negativus*), configurando-se em um direito a prestações estatais básicas e suficientes para proporcionar uma vida com dignidade. Para esse outro aspecto do mínimo existencial, considera-se que se trata de um *status positivus libertatis*.

Diante dessas colocações, conclui-se que nessa concepção bastante teórica o mínimo existencial está intrinsecamente relacionado ao *status negativus* manifestado no direito de resistência (ou de defesa) contra ações do Estado que dificultem ou impossibilitem o indivíduo de ter acesso a uma vida digna. Como exemplo, ao se impedir que o Estado estabeleça tributação (imunidades tributárias) sobre bens e atividades essenciais à existência digna da pessoa, observar-se-ia também o *status positivus libertatis* do indivíduo ante o Estado. Com efeito, estar-se-ia desse modo evitando que o Estado atue de modo a retirar ou dificultar que o cidadão tenha condições mínimas para o exercício da liberdade, a qual apenas é possível quando o Estado não interfere na liberdade econômica, quando, por exemplo, impõe sobretaxas e carga tributária excessiva nas atividades produtivas.⁴³

No que tange ao fornecimento estatal de prestações de cunho efetivo e eficiente voltadas a proporcionar uma vida com qualidade aos indivíduos e suficiente para propiciar uma existência digna, abarca-se também ajuda financeira a entidades filantrópicas. Porém, para que o indivíduo possa exigir judicialmente a prestação estatal, necessita que comprove a falha do órgão que tem a obrigação de fornecê-la, assim como provar que se trata de pessoa necessitada que não dispõe dos meios básicos para a sobrevivência.⁴⁴

do legislador e das contingências econômicas do país. Isso ocorre porque os direitos sociais fazem parte do *status positivus socialis* do indivíduo, representando o máximo de prestações voltadas ao bem-estar dos indivíduos e que devem ser cobradas do Estado, porém essas prestações dependem de escolhas políticas e estão limitadas também pelas possibilidades financeiras. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 177, jul./set., 1989, p. 34.

⁴³ Ricardo Lobo Torres entende que a ideia de mínimo existencial possui duplo sentido, pois exige atuação negativa (proibições ou limitações) ao Estado com a finalidade de limitar a interferência estatal na esfera da liberdade individual, por outro lado, impõe atuação positiva (obrigações ou vinculações) do Estado de entregar prestações, especialmente as relacionadas a direitos sociais. O *status positivus libertatis* do mínimo existencial “postula a entrega de prestações de assistência social aos pobres, de auxílios financeiros a entidades filantrópicas e de bens públicos (roupas, remédios, alimentos etc.) à população carente”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

⁴⁴ Ricardo Lobo Torres concebe que as pessoas que necessitam de prestações estatais só podem pleiteá-las judicialmente quando “o sistema previdenciário público ou privado falhar em sua missão e o indivíduo

Outra característica importante na teoria do mínimo existencial no entendimento promovido pela recepção do instituto por autores brasileiros, está o fato de que as prestações estatais de cunho positivo não devem submeter-se à discricionariedade do Poder Executivo e do Legislativo, tampouco devem ser submetidas ao princípio da reserva do possível.⁴⁵ Por sua vez, os direitos sociais e econômicos devem sempre passar pelo crivo daquele princípio. Ademais, em relação às prestações positivas, o Judiciário teria competência para deliberar sobre o deferimento, uma vez que esse direito faz parte das garantias institucionais da liberdade e da organização estrutural dos serviços públicos.⁴⁶

Percebe-se que a teoria do mínimo existencial de parte significativa da literatura especializada nacional em poucos e determinados pontos aproxima-se da teoria originalmente construída na ciência jurídico-constitucional alemã que encontrou respaldo e conteúdo mais bem determinado no Código Social alemão. Lá, porém, a composição do mínimo existencial pode variar de acordo com a margem discricionária de conformação do legislador, desde que garanta, de forma racionalmente aferível, as condições mínimas para uma vida digna. No caso do Brasil, no que tange ao conteúdo do mínimo existencial, afastam-se os direitos sociais do art. 6º da CF quando se defende a tese de que o mínimo existencial não se confunde com os direitos sociais e econômicos, mas, ao mesmo tempo

não possuir meios indispensáveis à sobrevivência". Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 177, jul./set., 1989, p. 40.

⁴⁵ Ricardo Lobo Torres sustenta que "o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias etc.)". Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74. Também se pode citar a ADPF 45 de 2004, da relatoria do Ministro Celso de Mello, na qual ele observa que: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídico que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático". Cf. www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm.

⁴⁶ Na ADPF 45 de 2004, da relatoria do Ministro Celso de Mello, ele observa que "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídico que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático". Cf. www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm.

afirma-se que esse instituto jurídico é apenas a essência dos direitos sociais. No entanto, ocorre que no art. 6º da CF, encontra-se a maioria dos direitos compreendidos como o conteúdo do mínimo existencial previsto no Décimo Segundo Livro do Código Social alemão, SGB XII, entre eles, o direito à educação, saúde, alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social e assistência aos desamparados. Ou seja, no caso do Brasil, bastaria que se concretizasse o respectivo comando constitucional previsto no art. 6º da CF, para que o mínimo existencial em sua essência fosse concretizado.

No debate nacional referido, porém, os contornos do mínimo existencial ganham proporções maiores com a inserção de direitos que estão fora do rol dos fundamentais, com a inclusão de elementos do direito tributário sob o argumento de uma proteção negativa contrária à tributação sobre direitos considerados de conteúdo do mínimo existencial e, com razão, deve ser evitada a tributação direta sobre os ganhos que fazem parte do mínimo existencial, mas, para isso, há de se ter a definição legal do que vem a ser o conteúdo do mínimo existencial e nessa matéria o legislador brasileiro ainda não se debruçou.

Outro posicionamento tem contribuído para estabelecer alguns fundamentos essenciais sobre o mínimo existencial.⁴⁷ Por ele, procura-se diferenciar mínimo existencial de mínimo vital por considerar que este está associado essencialmente à garantia da existência física da pessoa, ou seja, à garantia do direito a se manter vivo, por meio do fornecimento de alimentos, atendimento médico de urgência e assistência social. Ademais, por essa visão, o mínimo existencial tem um conteúdo mais amplo, pois abarcaria não só o direito vital à vida, mas também à inclusão social do indivíduo a fim de que se capacite para atingir uma igualdade material.⁴⁸

⁴⁷ Ingo Wolfgang Sarlet entende que se deve fazer a diferença entre mínimo existencial e mínimo vital. Para ele, o mínimo vital é composto pelos elementos essenciais à manutenção da vida humana como, por exemplo, alimentação, abrigo, e assistência médica de urgência; já o mínimo existencial apresenta um conteúdo que engloba o mínimo vital acompanhado de inclusão social, cultura e participação na vida política da comunidade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 151. Nota-se que essa visão de Sarlet que coloca no conteúdo do mínimo existencial a inclusão social, cultural e a participação na vida da comunidade existe como regra no Décimo Segundo Livro do Código Social alemão (SGB XII), na Terceira Seção, a qual trata da Educação e Participação que traz, dentro dessa Terceira Seção, intitulada “Educação e Necessidade de Participação”, as subseções 34 e 34a que discorrem sobre o tema. Cf. Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. p. 23. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁴⁸ Conforme Alexy, “Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento da República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir. Nesses casos, o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável. Mas,

Não se poderia estabelecer em abstrato um padrão predeterminado para o que seja uma vida digna, mas se entende que todas as prestações necessárias para a promoção e proteção da vida fazem parte do conteúdo do mínimo existencial.⁴⁹ Desse modo, a composição do conteúdo desse direito deve se manter em aberto, notadamente porque existe uma correlação do mínimo existencial com as necessidades sociais que variam conforme a época e local onde se encontra o indivíduo.

Sob o prisma dessa concepção, há o argumento de que é possível se cogitar a existência de um mínimo existencial ecológico, cujo conteúdo é composto por prestações básicas na área do saneamento básico e no fornecimento de água potável. Defende-se também⁵⁰ que, em matéria processual, o instituto do mínimo existencial é um direito fundamental autônomo e de caráter subsidiário, cuja principal função é servir de modelo para a interpretação do conteúdo e da eficácia dos direitos sociais. No entanto, não se pode confundir-lo como o núcleo essencial desses direitos, uma vez que esse núcleo consiste em um conteúdo irreduzível. Admite também a intervenção do Judiciário no sentido de determinar que o Executivo e o Legislativo, de forma coercitiva, forneçam prestações necessárias à concretização do mínimo existencial.

No mais, também se considera que o mínimo existencial é um direito subjetivo no qual não incidem o princípio da reserva possível e a liberdade discricionária de conformação do legislador.⁵¹ Sem embargo, o tema ainda necessita de

esse padrão pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática. Esse princípio exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente, mas, por força de princípios colidentes, o padrão poderá ficar abaixo desse nível. [...]. Nesse sentido, o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos do mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática". Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 427-428.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que, no caso do direito ao mínimo existencial, trata-se de um direito fundamental autônomo, portanto, não há que se confundir-lo com o núcleo essencial dos direitos sociais "O núcleo essencial dos direitos fundamentais consiste em um conteúdo irreduzível, impassível de intervenção do Estado e da sociedade por meio de ponderação. Nem todos os direitos sociais são direitos fundamentais materiais, ou seja, nem todos decorrem implicitamente do princípio da dignidade humana. Nesse sentido, não seria correto afirmar que o núcleo essencial dos direitos sociais se confunde com o mínimo existencial, pois este só se manifesta em direitos diretamente decorrentes da promoção, proteção e realização da pessoa humana". Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 255.

⁵¹ Segundo o Min. Celso de Mello, na ADPF 45/2004, "[...] não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público [...], mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade

uma maior delimitação do objeto do mínimo existencial. Com efeito, assim como segundo a primeira corrente referida, traz-se para o conteúdo do mínimo existencial direitos que não fazem parte do rol dos fundamentais como, por exemplo, o tributário,⁵² no entendimento da segunda corrente referida até mesmo o direito ambiental seria parte integrante do mínimo existencial,⁵³ desconfigurando-o, o que implica um afastamento da recepção brasileira do instituto em relação à sua elaboração original, de modo que tal recepção destoa de suas fontes germânicas, onde foi desenvolvida a teoria do instituto com fulcro apenas nas premissas do mandamento constitucional da dignidade humana do art. 1º I 2, 2ª variante GG em aplicação conjunta com o princípio do Estado social do art. 20 I GG, sem alargar para além desses fundamentos o direito ao mínimo existencial. Há, portanto, por parte da discussão jurídica e legislação brasileira, uma falta de rigor conceitual e de delimitação da abrangência dos direitos que compõem o “pacote” do mínimo existencial.

6 Recepção do mínimo existencial no Brasil

É importante refletir a respeito do modo como o mínimo existencial foi recepcionado no sistema jurídico brasileiro, para isso não se empregará o método funcionalista por se entender que, primeiramente, a lei não pode ser descrita afastada da realidade social humana, ou seja, não deve ser entendida de modo isolado; segundo, as questões que o mínimo existencial se propõe solucionar são parecidas em ambos os países, Alemanha e Brasil, porém com realidades

de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”. Cf. www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁵² Ricardo Lobo Torres entende que “o *status negativus* do mínimo existencial se afirma, no campo tributário, mediante as *imunidades fiscais*: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência”. Para o autor “O imposto de renda não incide sobre um mínimo imprescindível à sobrevivência do declarante, nem sobre quantias necessárias à subsistência de seus dependentes, dedutíveis da renda bruta. Cuida-se de imunidade do mínimo existencial, embora apareça na lei ordinária, posto que materialmente remonta às fontes constitucionais”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 177, jul./set., 1989, p. 7-8.

⁵³ Para Ingo Wolfgang Sarlet, quando se trata do conteúdo do mínimo existencial, deve se ter em mente como algo permanentemente em aberto, especialmente pelo fato desse conteúdo está relacionado com necessidades sociais reais que variam conforme a época e a comunidade em que se encontram os indivíduos. Sendo assim, “é possível falar-se até mesmo em mínimo existencial ecológico, no qual se inserem prestações básicas como o direito ao saneamento básico e à água potável”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico) algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

político-sociais bastante distintas; terceiro, as leis que tratam do mínimo existencial não são idênticas nesses países, até mesmo porque na Alemanha existe uma codificação (o SGB XII) que trata especificamente do tema, como já demonstrado nesta pesquisa, diferentemente do Brasil que ainda não logrou elaborar uma legislação específica para ordenar o tema, apesar da existência da Lei nº 10.835, de janeiro de 2004, que dispõe sobre o fornecimento estatal de uma renda básica de cidadania, porém ainda não foi regulamentada e existir, também, leis esparsas que preveem alguns tipos de auxílios, como, por exemplo, o Bolsa Família e o BPC – Benefício de Prestação Continuada; quarto, não se acredita que cabe ao direito comparado fazer as leis convergirem, ainda que os problemas que elas pretendem resolver sejam parecidos, uma vez que, normalmente, as realidades locais são diferentes, necessitando-se, assim, de certas adaptações, porém sem desconfigurar o instituto jurídico.

Diante disso, entende-se que o método mais conveniente para esse estudo é o contextualizado (*law in context*), pois permite que o comparatista examine de modo acurado as possibilidades reais de um evento quando este sai de uma conjuntura social e é posto numa moldura legal; também possibilita esclarecer essa moldura legal através de um exame crítico da extensão política dessa norma. Após isso, poderá reinserir no cenário sociocultural a norma que se encontra na moldura legal para, assim, poder-se identificar e fazer valoração das possíveis diferenças ocorridas no processo de transplante da norma jurídica de um sistema para o outro.

Nesse sentido, no caso do direito ao mínimo existencial na Alemanha, quando este foi reivindicado, a situação do país era de calamidade social resultante do pós-Segunda Guerra Mundial, momento em que se podia dizer que existia naquele país um quadro de pobreza absoluta,⁵⁴ de modo que um dos principais motivos que fizeram com que a dogmática e a jurisprudência construíssem e desenvolvessem a teoria do direito ao mínimo existencial foi o cenário de devastação, pobreza e fome que assolava a população germânica. Por outro lado, não se pode esquecer que a Lei Fundamental não prevê direitos sociais, exceto a proteção à maternidade, como aqui já abordado, sendo assim, diante do contexto político, jurídico e social foi que estes fatos saíram da conjuntura da realidade fática para adentrar na moldura legal, através da construção dogmática e jurisprudencial do

⁵⁴ Originalmente, a preocupação com as desigualdades e a pobreza não veio à tona nos países pobres, onde o problema é mais crítico. A discussão sobre a pobreza como a conhecemos hoje se iniciou nos países desenvolvidos, após a euforia da reconstrução do pós-guerra, e representou um alerta de cientistas sociais envolvidos com a problemática da sobrevivência de grupos desprivilegiados em resposta ao discurso essencialmente triunfalista dos políticos. Trava-se de alertar sobre situações de privação onde

que se passou a chamar de direito ao mínimo existencial com os fundamentos já enfrentados nesta pesquisa.

Ademais, fazendo-se uma análise crítica, porém breve, da extensão política dessa norma no cenário alemão do momento em que houve a reivindicação de uma condição que possibilitasse uma vida com o mínimo de dignidade prevista na Lei Fundamental combinado com o modelo de Estado social desenhado na *Grundgesetz*, não seria possível o atendimento dessa reivindicação caso não se resolvesse tal situação de calamidade social, de modo que pacotes de ajuda⁵⁵ para a recuperação econômica da Alemanha e a consciência da necessidade de controlar e estancar a pobreza da população do país por meio de reformas sociais⁵⁶ foram fundamentais para a concretização do direito ao mínimo existencial naquele país.

Sendo assim, percebe-se que política e socialmente o direito ao mínimo existencial foi fundamental para combater a situação de miséria que assolava a Alemanha do pós-Segunda Guerra Mundial, contudo não partiu do Legislativo a iniciativa de criar esse direito e sim do Judiciário que foi sedimentando em sua jurisprudência tal direito que mais tarde se consolidou positivado no SGB XII, onde a sociedade alemã encontra guarida para buscar a concretização de direito ao mínimo existencial, ou seja, ele sai da moldura legal para ser inserido na realidade social da Alemanha demonstrando seu potencial concretizador dos objetivos para os quais ele foi elaborado.

Quanto à recepção desse direito no cenário nacional brasileiro, nota-se que foi transplantado em condições socioeconômica e política diversas da Alemanha, uma vez que o país não apresentava um cenário de pós-guerra, porém, a realidade social nacional não era menos calamitosa, já que a pobreza absoluta no

não só as questões de sobrevivência física estavam em jogo. A problemática da pobreza em países ricos levou a que se enfatizasse também o caráter relativo da noção de pobreza. Cf. ROCHA, Sonia. *Pobreza no Brasil: afinal de que se Trata?* 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 11.

⁵⁵ “O governo dos Estados Unidos reconheceu que a recuperação econômica que esperava só seria possível se o principal fornecedor de bens e capital, a Alemanha, voltasse a ser economicamente eficiente. Já em setembro de 1946, o então secretário de Estado dos Estados Unidos, Byrnes, transmitiu essa mensagem à Alemanha em um discurso em Stuttgart. [...] Inicialmente os pacotes de ajuda de organizações de caridade dos EUA ajudaram a aliviar a necessidade, mas os benefícios do Plano Marshal (Fundo ERP), a reforma monetária, forte redução de impostos para as empresas comerciais [...]. Com o resultado da enorme demanda por bens de capital no decorrer da Guerra da Coreia, o ressurgimento econômico da Alemanha Ocidental (milagre econômico)”. Cf. HUSTER, Ernst-Ulrich. *História da Pobreza*, p. 6. Artigo publicado no site: <https://socialnet.de/lexikon/Geschichte-der-Armut&pre=search&pto=aue>. Tradução livre. Acesso em: 31 jul. 2021.

⁵⁶ “[...] iniciou-se uma intensa discussão sobre se e como também se poderia dar acesso ao aumento geral da prosperidade para aqueles que não estavam mais empregados. Na disputa sobre se agora deveria haver uma reforma social abrangente para todas as áreas ou se ramos individuais do sistema de seguridade social deveriam ser reorganizados, o conceito de reformas sociais sucessivas e individuais acabou prevalecendo”. Cf. HUSTER, Ernst-Ulrich. *História da Pobreza*, p. 7. Artigo publicado no site: <https://socialnet.de/lexikon/Geschichte-der-Armut&pre=search&pto=aue>. Tradução livre. Acesso em: 31 jul. 2021.

Brasil é uma condição endêmica até mesmo pelas características pelas quais foi colonizado, ou seja, na modalidade de colonização de exploração. Ademais, é importante que se diga, que no caso do Brasil, existe um rol extenso de direitos sociais positivados na Constituição de 1988, diferentemente da Lei Fundamental alemã, conforme já abordado no texto, de modo que a dificuldade de se perceber a linha tênue que separa o direito ao mínimo existencial dos direitos sociais se dá especialmente porque o mínimo existencial é um direito de dupla face,⁵⁷ isto é, ora se manifesta como direito subjetivo e também como sendo norma objetiva; ora faz parte dos direitos fundamentais originários como o direito de liberdade e à vida, esses direitos vistos sob o prisma essencial e irredutível.⁵⁸

Por outro lado, seu conteúdo, em grande parte, assemelha-se com o dos direitos sociais, de modo que se esses direitos, especialmente os previstos na Constituição brasileira de 1988, fossem concretizados e bem distribuídos para as camadas da sociedade mais vulneráveis, muito provavelmente o mínimo existencial não seria tão essencial e nem existiria a necessidade de transplantar esse direito para o sistema jurídico local, além do mais, do modo como esse transplante ocorreu, ou seja, de uma forma que, até certa medida, desnatura o direito originário, como já se discorreu anteriormente nessa pesquisa.

Outrossim, na Alemanha houve uma codificação (SGB XII) das prestações que formam o conteúdo do mínimo existencial, enquanto que no Brasil não se sabe ao certo onde encontrar o rol desse conteúdo, de maneira que, tecnicamente, o transplante desse direito não foi bem sucedido e nem bem resolvido no país, haja vista a existência de um certo dissenso teórico e jurisprudencial sobre tema, até mesmo porque as Cortes superiores do Brasil, até o momento, só enfrentaram essa discussão de forma incidental, conforme já exposto nesta pesquisa. Também parece que esse direito, ao adentrar no Brasil, não foi colocado em uma moldura legal para que sofresse as adaptações necessárias para a realidade do corpo receptor desse transplante, isto é, o sistema jurídico brasileiro conforme suas peculiaridades, as quais nem sempre se aproximam da realidade jurídica do sistema alemão, de modo que foi inserido na comunidade de forma tal que pode variar ao sabor da compreensão momentânea de quem avalia aquele direito, como será demonstrado no tópico a seguir, implantando, assim, uma insegurança jurídica em relação ao instituto.

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

⁵⁸ Direito fundamental à segurança do mínimo existencial fisiológico (*physiologischen Existenzminimum*), fundado na garantia da dignidade humana, e o direito (simples) à segurança do mínimo existencial sociocultural (*sociofunturellen Existenzminimum*), concretizado pelo princípio do Estado social. Cf. SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherrung des Existenzminimims. *Juristen Zeitung*. 60(13):652, 2005, p. 37. Tradução livre.

Destaca-se também a importância de se fazer uma preparação prévia do sistema local para a incorporação de normativas que são estranhas ao ambiente nacional, ainda que seja necessária a recepção dessas normativas,⁵⁹ como é o caso do direito ao mínimo existencial no contexto de pobreza perene no Brasil, contudo, é inegável a diferença jurídico-cultural entre os dois países – Alemanha e Brasil –, pois, sabidamente os Tribunais alemães não costumam modificar interpretações consolidadas pelas Cortes, diferente do que ocorre no sistema jurídico nacional, especialmente no caso do conteúdo do mínimo existencial que ainda não foi debatido de forma exaustiva pelos Tribunais pátrios, apesar de haver, inegavelmente, obras e autores especializados no tema com estudos de grande relevância no país.

Ante o exposto, nota-se que o empréstimo de uma legislação requer atenção detida com relação à compreensão das particularidades do sistema jurídico no qual ela foi criada originalmente e as diferenças do sistema jurídico receptor, de modo que a apropriação da ideia do direito ao mínimo existencial pelo ordenamento nacional, ainda que, até certa medida, conserve sua essência que é a assistência aos desamparados para proporcionar dignidade na vida dessas pessoas, não se transplantou o rigor e a clareza do *modus operandi* desse direito para que surta, aqui no Brasil, os mesmos efeitos detectados na Alemanha.

7 Compreensão e aplicação do mínimo existencial no STJ e no STF

O Poder Judiciário tem figurado como protagonista quando se trata do tema do direito ao mínimo existencial. Isso ocorre não só no Brasil, mas especialmente no país onde se originou a construção da figura jurídica conforme retro discutido. Lá, o TCF foi o principal órgão judicante a desenvolver o instituto e a determinação judicial para que o legislador procedesse à sua regulamentação.⁶⁰

⁵⁹ “[...] entenderem como é possível a incorporação de novas normativas que são exteriores a esta sociedade para aprimorar seu próprio sistema. Para isso, é necessário, portanto, ocorrer o deslocamento dessas normativas do sistema jurídico ‘doador’ a fim de serem incorporadas a um sistema jurídico ‘receptor’”. Cf. DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n.º 39, Porto Alegre, dez. de 2018, p. 80.

⁶⁰ Volker Neumann, em sua palestra intitulada “Dignidade humana e nível de subsistência”, ministrada em 19 de maio de 1994 na Universidade de Humboldt de Berlim, Escola de Direito, Instituto de Direito Público e Direito Internacional, citou que o BVerfG (*Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal) discutiu as primeiras decisões quanto à dignidade humana como norma para que todo o Poder estatal fosse obrigado a proteger a dignidade contra ataques como humilhação, ostracismo, perseguição, fome etc. Para isso faz-se necessário o fornecimento de condições mínimas existenciais como, por exemplo, o fornecimento de alimentos, comida e acomodações como tarefa do Estado de bem-estar social. Ele

Não se pode deixar de admitir que conceitos indeterminados,⁶¹ como é o caso do mínimo existencial, normalmente é a construção jurisprudencial que costuma estabelecer o que vem a ser, como no caso do TCF que firmou o entendimento de que o mínimo existencial não tem cunho eminentemente assistencialista, mas visa a vincular-se à ideia de “uma ajuda para a autoajuda” (*Hilfe zur Selbsthilfe*), de modo que não objetiva diretamente estabelecer a dignidade do indivíduo em si, mas tem como propósito protegê-la e promovê-la mediante configuração legislativa infraconstitucional.

Assim, no caso da Alemanha, apesar das jurisdições dos tribunais administrativos e do TCF terem sido provocadas para se manifestarem sobre o tema, não coube ao Judiciário fazer o papel do legislador na regulamentação do mínimo existencial. Restou a ele respeitar os princípios da separação dos poderes e do Estado de direito, determinando prazo para que o legislador suprisse a omissão em relação à matéria, ordem essa que foi cumprida pelo legislador alemão que inseriu as prestações estatais no Código Social.⁶²

No Brasil, o Judiciário participa da construção da definição do conteúdo do mínimo existencial, do seu alcance e até mesmo decide de forma a estipular os

considera que o marco dessa discussão foi decisão publicada em BVerwGE 1, 159. Três anos após essa decisão do Tribunal Constitucional Federal, o Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht* – BVerwG) foi provocado para decidir se era constitucional a lei de custódia do cidadão necessitado ter direito a prestações de subsistência. A Corte entendeu que a custódia dos pobres não é objeto de reclamação constitucional, mas sim objeto de obrigação e interesse público, sob o argumento dos princípios do Estado de Direito e do Estado social voltado à concessão de realizações materiais, além do reconhecimento de que todos os cidadãos são participantes da comunidade e, portanto, portadores de direitos. Conforme Volker, ao fazer isso, a Corte também se referiu à dignidade humana que proíbe que se considerem os necessitados “apenas como um objeto do Estado”. E também, segundo Volker “nasceu, com isso, o direito a uma renda mínima, embora não seja uma norma diretamente posta na Constituição, mas como uma interpretação da lei em conformidade com a dignidade da pessoa humana e do Estado social”. Cf. <https://edoc.huberlin.de/bitstream/handle/18452/2247/Neumann.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 19/05/1994, Palestra DOI:10.18452/1595. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

⁶¹ Conceitos jurídicos indeterminados possuem conteúdo e extensão incertos, portanto, não são dotados de sentido preciso e objetivo. “A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu na Áustria em meados do século XIX, como consequência da necessidade de saber se tais conceitos eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos. Mas, foram a doutrina e a jurisprudência germânicas que relacionaram, pela primeira vez, a discricionariedade aos conceitos jurídicos indeterminados. [...] O emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de liberdade de escolha à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada para o caso concreto”. Cf. ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1123, 29 de jul. 2006, p. 4-5. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8715>. Acesso em: 06 set. 2020.

⁶² O art. 1º I GG e o princípio do Estado social previsto no Artigo 20º I GG conferem ao legislador o mandato de garantir um nível de subsistência digna. Nesse sentido, o Décimo Segundo Livro do Código Social (SGB XII – Lei de 27 de dezembro de 2003), regulamenta a assistência social na Alemanha, substituindo a Lei Federal da Previdência Social (BSGH). Cf. <http://www.bverfg.de/e/Is201207181bvI001010.html> e Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor e o Escritório Federal de Justiça. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de. Tradução livre. Acesso em: 02 ago. 2020.

critérios a serem observados na efetivação do mínimo existencial, como se fosse uma regulamentação do instituto pelo Poder Judiciário, papel este que não lhe é assegurado constitucionalmente, em especial por ser um órgão de natureza constituída e não constituinte, de modo que configurando-se, assim, na prática do ativismo judicial, sob a alegação de se tratar da interpretação do “espírito da lei” para o bem ou mal.

No entanto, esse fenômeno carrega consigo o sério perigo da imprevisibilidade das decisões judiciais, especialmente em matéria de direitos fundamentais. Ademais, fere o princípio da separação dos poderes em suas duas dimensões complementares,⁶³ quais sejam: a) a separação sob o prisma da divisão, do controle e do limite do poder, ou seja, a dimensão negativa que seria a ideia de *divisão de poderes*; b) a relativa à constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado em relação à tomada de decisões funcionais, eficazes e materialmente justas, a chamada dimensão positiva pautada na efetiva ideia de *separação dos poderes*.

Nesse sentido, o limite do poder (a dimensão negativa da separação dos poderes) garante um limite jurídico oponível ao poder do Estado, assegurando, assim, a proteção da esfera subjetiva juridicamente posta do indivíduo contra a concentração do poder. Por sua vez, a dimensão positiva da separação dos poderes visa assegurar de forma adequada e justa a ordenação das funções do Estado, de modo que separação ou divisão de poderes tem por finalidade a responsabilidade no exercício do poder. Portanto, pelo exposto, o ativismo judicial deve ser evitado, uma vez que a própria Constituição se encarregou de distribuir as competências de cada um dos poderes estatais.

Ademais, há de se observar que quando o Judiciário atua com ativismo, ele também viola o princípio do Estado de direito que visa responder os problemas relativos ao conteúdo, extensão e o modo de prover do Estado. Assim, a Constituição, ao instituir o Estado de direito, objetivou ajustar as estruturas do poder político e a organização da sociedade conforme a medida do direito, ou seja, os poderes estão vinculados ao cumprimento de suas funções segundo regras que valham para todos. Trata-se, portanto, de uma garantia voltada a evitar ações e comportamentos arbitrários e irregulares dos poderes públicos.

⁶³ Conforme Canotilho: “[...] juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais – indiciam já que o princípio do estado de direito é informado por duas ideias ordenadoras: (1) ideia de *ordenação subjetiva*, garantindo um *status* jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais; (2) ideia de *ordenação objetiva*, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objetivamente estruturante do *princípio da separação dos poderes*”. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 250.

Diante do exposto, quando o Judiciário pratica “ativismo judicial”,⁶⁴ ainda que tenha o intuito de concretizar direitos fundamentais como os sociais que fazem parte do conteúdo do mínimo existencial, ele fica na perigosa fronteira de ultrapassar os limites de sua competência e violar os princípios estruturantes da ordem constitucional sob o prisma da separação dos poderes e do Estado de direito. A segurança jurídica estaria mais bem garantida se o Judiciário nacional se comportasse como o alemão em matéria de conflitos que envolvam o direito ao mínimo existencial. Com efeito, deveria remeter, sempre que necessário, ao legislador a conformação dos parâmetros do conteúdo do mínimo existencial e a forma como as prestações serão deferidas, caso em que admitir-se-ia uma atuação apenas excepcional, revisional, do Judiciário quando evidenciada a falha do legislador na conformação do direito ao mínimo existencial.

7.1 Abordagens do mínimo existencial em acórdãos do STJ

Conforme análise de um determinado grupo de decisões exaradas do STJ, percebe-se que esse tribunal, na maioria dos casos, invoca o mínimo existencial apenas de forma retórica e superficial, sem enfrentar a densidade que o tema carrega em si, ou seja, esse direito é empregado apenas para reforçar os argumentos em casos que, muitas vezes, nem se justifica a aplicação desse instituto jurídico. Pode-se citar como exemplo, o recente REsp 1820477/DF (2019/0170723-2 – 27/05/2020),⁶⁵ o qual trata de desconto de empréstimos consignados em folha de pagamento que são depositados em conta bancária de devedor se esses depósitos recebem a proteção da impenhorabilidade atribuída a salários, proventos e pensões, conforme disposição do art. 833, IV, do CPC. Como argumento a recorrente alega que permitir a penhora do empréstimo afronta a dignidade da pessoa humana deixando-a sem o mínimo existencial.

Nas considerações o relator argumentou que a Corte Especial do STJ, no final de 2018, assentou que a impenhorabilidade apenas se aplica à parte do

⁶⁴ Para Barroso, ativismo judicial é “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance”. Conforme o autor, o ativismo configura “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275.

⁶⁵ REsp 1820477/DF (2019/0170723-2 – 27/052020), da relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, da T3 – Terceira Turma, julgado em 19/05/2020 e publicado em 27/05/2020. Disponível em: https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1902219&num_registro=201901159250&data=20200518&formato=PDF.

patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de seu mínimo existencial, à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes e, com isso permitiu a penhora de parte do salário para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.

Nota-se que, tanto nos argumentos da parte quanto na fundamentação do relator, o direito ao mínimo existencial é usado meramente como retórica sem desenvolvimento argumentativo teórico e jurídico-dogmático que justifique sua aplicação ou não ao caso concreto. Por isso, o mínimo existencial, assim como um dos seus fundamentos que é a dignidade humana, passaram a ser invocados de forma vaga e desprovida de justificativas fundamentadas e complementares.

Isso é percebido nos vários acórdãos pesquisados naquele tribunal, inclusive quando se trata de casos cujo mérito é improbidade administrativa há a invocação do direito ao mínimo existencial, como no Recurso Especial nº 1593494 – SP (2019/0293155-0),⁶⁶ no qual a agravante alega que os valores que foram considerados oriundos de improbidade administrativa e que estavam aplicados em um fundo de investimentos fariam parte do mínimo existencial dela, portanto, não poderiam sofrer penhora.⁶⁷

Fica claro neste último julgado o uso inadequado e, até certo ponto, irônico do mínimo existencial que é um direito que visa amparar o indivíduo naquilo que tem natureza fundamental que é a garantia de uma existência digna. Isso porque o emprego do mínimo existencial conduz à discussão quanto à eficácia de certos direitos fundamentais. Seu uso de forma meramente retórica, sem uma fundamentação e demonstração de que o direito que se busca está realmente identificado com aquilo que pode ser admitido como mínimo existencial banaliza um direito que é, inegavelmente, imprescindível para amparar aqueles que de fato necessitam recorrer a essa proteção jurídica.

Corroborando as considerações feitas acima, especialmente no que tange à invocação banal no Brasil do mínimo existencial, cita-se outra decisão no Recurso

⁶⁶ Julgado sobre o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1593494 – SP (2019/0293155-0), da relatoria da Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo>. Acesso em: 5 ago. 2020.

⁶⁷ AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1593494 – SP (2019/0293155-0), de relatoria da Min. Assusete Magalhães, que trata de improbidade administrativa com pedido da agravante para que seja considerada a impenhorabilidade de valores bloqueados por considerar que esses valores fazem parte do mínimo existencial dela, contudo, o Tribunal, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que “não há qualquer prova de que os valores bloqueados estariam depositados em fundo de investimento, bem como que este seria o único desta espécie existente em nome da agravante”, além de consignar que “a agravante não demonstrou que os valores bloqueados são estritamente necessários para lhe garantir o mínimo existencial”. Cf. <https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento>. Acesso em: 05 ago. 2020.

Especial nº 1.846.075 – DF (2019/0115925-0),⁶⁸ no qual se discute a ofensa ao direito urbanístico por pessoas que instalam quiosques e *trailers* comerciais em calçadas que são consideradas espaços públicos, portanto, a ocupação por esses empreendimentos comerciais é ilícita.

Prosseguindo com os argumentos, aqui expostos de forma sucinta, o relator diz que nas cidades cheias de veículos, a maior parte deles a serviço da minoria privilegiada, as calçadas, nesse contexto, integram o conteúdo do mínimo existencial de espaço público dos pedestres que são a maioria da população. No entanto, mais à frente, afirma que as calçadas são a expressão cotidiana do direito de locomoção e que em um Estado social de direito há que se promover a acessibilidade dos mais vulneráveis.

Indiscutivelmente, confirma-se o que já foi dito anteriormente sobre o uso, na maioria das vezes, equivocado e retórico do direito ao mínimo existencial nos tribunais brasileiros.

7.2 Abordagens do mínimo existencial em acórdãos do STF

Não há nos tribunais brasileiros uma discussão mais densa e profunda sobre o direito ao mínimo existencial, ao contrário do que se verifica na jurisprudência do TCF alemão. Também, no âmbito do STF, o direito ao mínimo existencial está sempre presente nas discussões que abordam, sobretudo, temas relativos a direitos sociais em contraposição ao princípio da reserva do possível.⁶⁹

No entanto, o STF ainda não logrou apresentar uma fundamentação jurisprudencial mais consistente, de modo que o acórdão considerado paradigmático sobre

⁶⁸ Recurso Especial nº 1846075 – DF (2019/0115925-0), da relatoria do Min. Herman Benjamin. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855189919/recurso-especial-resp-1846075-df-2019-0115925-0/inteiro-teor-855189929?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁶⁹ Na decisão paradigmática do STF sobre esse tema, que é a ADPF 45/2004, o Relator, Min. Celso de Mello, observa que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer da finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, [...], na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”. Cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

o mínimo existencial, atrelado ao princípio da reserva do possível, é a decisão da ADPF 45 MC/DF, de 29 de abril de 2004.

Essa ADPF tinha como objeto a discussão sobre a constitucionalidade do veto do Presidente da República a um dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2004 – Lei nº 10.707 de 2003 – LDO, que afastava a determinação constitucional que estabelece o percentual mínimo obrigatório para a aplicação de verbas públicas para despesas com o sistema público de saúde.

De acordo com o Partido da Social Democracia Brasileira, PSDB, que foi quem ajuizou a ADPF, o veto presidencial feria o preceito constitucional que decorria da Emenda Constitucional nº 29/2000, que trata dos recursos financeiros mínimos que a União tem o dever de aplicar nas ações e serviços de saúde. Contudo, esta ação perdeu seu objeto, pois o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, após o veto, remeteu um projeto de lei ao Congresso Nacional restaurando integralmente a norma que ele vetou. Esse Projeto de Lei transformou-se na Lei nº 10.777 de 24 de novembro de 2003.

Apesar da perda do objeto da ação em virtude de fato superveniente, o Ministro Celso de Mello fez a análise do mérito da ADPF, de modo que, em um ineditismo da Corte, ele se debruça sobre vários aspectos que permeiam o mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, merecendo destaque sua afirmação de que o Estado não pode invocar a cláusula da reserva do possível para se eximir do cumprimento de suas obrigações estabelecidas na Constituição, notadamente quando essa conduta resultar na nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁷⁰ e que a inconstitucionalidade por omissão permite que o Judiciário, de modo excepcional, determine ao Executivo a implementação de políticas públicas, uma vez que tal omissão está revestida da maior gravidade político-jurídica, pois essa atitude do Poder Público desrespeita a Constituição e ofende os direitos que nela se fundam e impede a aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Nesse sentido, o caráter programático das regras inscritas no texto constitucional não pode se converter em promessa constitucional inconsequente.

⁷⁰ O Ministro Celso de Mello observa que “[...] não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nos desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas. [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídico que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. Cf. ADPF 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

Apesar dessa análise monocrática um pouco mais aprofundada e densa sobre o tema, não se pode dizer que a Corte brasileira tem um entendimento sedimentado sobre o mínimo existencial no que tange ao seu conteúdo, sua extensão e profundidade ou mesmo sobre seu conceito, apesar de na ADI nº 3.768-4 de 2007,⁷¹ haver um “ensaio” de conceito que, em uma apertada síntese, seria “um conjunto de condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”.⁷² Nota-se que são traçadas linhas abstratas na definição, sem enfrentar de forma substancial quais seriam essas condições que exigiriam as prestações estatais e em que proporção deveria ser fornecida a prestação e quais requisitos deveriam ser preenchidos para fazer jus aos benefícios prestacionais.

Tais insuficiências na fundamentação observam-se em quase todos os acórdãos e sentenças dos tribunais nacionais que ainda não fixaram de modo claro e objetivo as diretrizes e fundamentos do direito ao mínimo existencial. Assim como ocorre na literatura especializada, que se limita a invocar, na grande maioria dos casos, esse direito de maneira meramente retórica e para situações que, muitas vezes, não se enquadram como objeto desse direito.

Conclusão

Ao longo da presente exposição, demonstrou-se que o direito ao mínimo existencial tem bases jurídico-científicas e jurisprudenciais sólidas no seu país de origem que é a Alemanha. Por sua vez, no Brasil isso ainda se encontra em processo de estudo, discussão e aperfeiçoamento, haja vista que, para que se importem preceitos do direito comparado, faz-se necessário respeitar as peculiaridades do país de origem do direito e daquele que incorpora esse direito no seu ordenamento jurídico, levando-se em consideração os aspectos jurídicos, sociológicos e de desenvolvimento social.

No entanto, não se deve desnaturar o objeto do direito importado. Ao contrário, deve-se adequá-lo à realidade nacional, respeitando-se, contudo, sua essência e seus fundamentos. Portanto, o uso retórico e indiscriminado é indevido por ser contraproducente. O risco de tal recepção imprecisa é de perda da função primordial do direito que é servir de amparo concreto para os indivíduos que se encaixam nas situações para as quais o direito foi criado.

⁷¹ A Min. Cármen Lúcia na ADI nº 3768-4 de 2007, conceitua o mínimo existencial como sendo “um conjunto de condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁷² *Ibidem*.

Nesse sentido, resta ao legislador brasileiro, em cumprimento do seu papel constitucional, definir os critérios e parâmetros quanto ao conteúdo do mínimo existencial, os casos e situações em que ele pode ser invocado e, essencialmente, delimitar o público que pode se valer desse direito para que não seja invocado em qualquer situação de modo meramente retórico e vago, pois é fundamental preservar, nos casos de transplantes jurídicos, o rigor e a clareza do direito transplantado, ainda que a realidade da sociedade e do sistema jurídico receptor sejam diferentes daquela que produziu a norma, como é o caso do Brasil e Alemanha.

Apenas desse modo poderão a doutrina e os tribunais nacionais aperfeiçoar suas teorias e jurisprudência, evitando-se, portanto, a usurpação de competências e o desrespeito ao princípio da separação dos poderes e do Estado de direito. Também se evita assim o abusivo ativismo judicial e a banalização de um direito essencial para a concretização de um dos fundamentos do Estado democrático e social de direito positivado na Constituição Federal, em seu art. 1º, III, que é a dignidade da pessoa humana.

Existential minimum in German Law and your application in Brazil

Abstract: The present study aims to compare the theoretical construction of the minimum existential institute in German legal-constitutional science and jurisprudence and how this legal institute was accepted in Brazilian law. It starts with the theoretical conception of Otto Bachof, then the main rules for the realization of the minimum existential provided for in the Twelfth Book of the German Social Code (SGB XII), based on the principle of the Social State and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court, will be exposed. German (TCF). The objective, then, is to discuss the legal foundations of the subjective law “to the existential minimum” that arises from the principle of the Social State in its application combined with the fundamental protection of human dignity and in which concrete situations this right must be granted in Germany. From the study of some judgments of the STJ and the STF, it is verified the way of receiving the corresponding Germanic institutes with a view to identifying distortions in the use of the right to the existential minimum in Brazil, which, in most cases, is used without normative criteria, in order to serve only as a rhetorical argument through vague, imprecise and distorted reasoning of its original conception in Germany.

Keywords: Existential Minimum. German Jurisprudence. Welfare State. Application in Brazil.

Summary: **1** Introduction – **2** Theoretical Conception of the Existential Minimum by Otto Bachof – **3** The Welfare State in Germany for the Existential Minimum – **4** Jurisprudential Construction of the Right to the Existential Minimum in the German Courts – **5** Theoretical Foundations of the Existential Minimum in Brazilian Legal Doctrine – **6** Reception of the Existential Minimum in Brazil – **7** Understanding and Applying the Existential Minimum in the STJ and STF – Conclusion – References

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 4. tiragem. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução: José Manuel M. Cardoso. Coimbra: Almedina, 2009. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUTTERWEGGE, Christoph. *Crise e futuro do Estado de bem-estar*. VS – Editora de ciências sociais, 4ª, Wiesbaden, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2018.

DUTRA, Deo Campos. Da Ortodoxia à Crítica: Teorias da Comparação Jurídica. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 1, Passo Fundo, abr. 2018.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 39, Porto Alegre, dez. de 2018.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. A Doutrina do mínimo existencial. *Interfaces Científicas Humanas e Sociais*, v. 6, n. 1, 2017, p. 101-112.

FRANKENBERG, Günter. Teoria Crítica. *Academia. Revista Sobre Enseñanza Del Derecho*, ano 9, número 17, Buenos Aires, 2011. Acessível na Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM – <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 30 jul. 2021.

GOLTZBERG, Stefan. *Les Sources du Droit*. Paris: PUF, 2016.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamento, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HUSTER, Ernst-Ulrich. *História da Pobreza*. Artigo publicado no site: <https://socialnet.de/lexikon/Geschichte-der-Armut&pre=search&pto=aue>, p. 6. Acesso em: 31 jul. 2021.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (Des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA de 23 de maio de 1949. Tradução: Assis Mendonça (Aachen); Revisor Jurídico: Urbano Carvelli (Bonn)]. Prof. Ludwig Gies: Stuttgart, 2008.

MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: *Dignidade humana, livre desenvolvimento, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS, 2016.

MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 3: *Direitos fundamentais ao casamento e à família, liberdade de associação, garantias constitucionais processuais*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung – KAS; Marcial Pons, 2019.

MARTINS, Leonardo (organização e introdução). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Tradução: Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Galdes Ferreira. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Tradução livre.

NEUMANN, Volker. *Dignidade humana e nível de subsistência* (Palestra). Universidade de Humboldt de Berlim, Escola de Direito, Instituto de Direito Público e Direito Internacional. 19 de maio de 1994.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Direitos sociais, mínimo existencial e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

PADILHA, Antonio Carlos Pacheco. Normas constitucionais inconstitucionais? Um sobrevoo sobre a obra de Bachof. *Revista Direito e Democracia*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, nº 1123, 29 de jul. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico) algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e desafios. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*. Capítulo XI. Salvador: Juspodivm, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Tribunal Constitucional da Alemanha e o direito ao ensino superior. *Revista Eletrônica CONJUR*. Publicado em 05 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência. *Revista Eletrônica CONJUR*. Publicado em 8 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostine. Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre o mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. *Revista da Ajuris*, v. 37, nº 119, setembro 2010.

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 – Journal of Constitutional Research*, v. 3, nº 2, maio/agosto 2016, p. 115-140.

SCHWENZER, Ingeborg. Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SORIA, José Martinez. Das Recht auf Sicherrung des Existenzminimums. *Juristen Zeitung*. 60(13):652, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: Na Approach To Comparative Law*. 2. ed. Georgia: University of Georgia Press, 1993.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Leonardo; COSTA, Maria Francimar Carvalho. Mínimo existencial no direito alemão e sua aplicação no Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 125-166, jul./dez. 2022.

Recebido em: 04.12.2020

Pareceres: 10.05.2021, 31.05.2021, 13.07.2021, 17.08.2021

Aprovado em: 01.09.2021