

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO - MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO

KARINE DA SILVA CORDEIRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS,  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL:  
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SUA EFETIVAÇÃO**

Prof. Dr. Thadeu Weber  
Orientador

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet  
Coorientador

PORTO ALEGRE  
2011

KARINE DA SILVA CORDEIRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS,  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL:  
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SUA EFETIVAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber  
Coorientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Porto Alegre

2011

KARINE DA SILVA CORDEIRO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS,  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL:  
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SUA EFETIVAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado.

Aprovada em \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Thadeu Weber - PUCRS

---

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet - PUCRS

---

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes - UNB e IDP

## RESUMO

Esta dissertação tem como objeto investigar o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão positiva, operando-se uma interlocução dialética entre as questões teóricas que envolvem a função institucional do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito e a prática jurisprudencial das Cortes Constitucionais da Alemanha, da África do Sul e do Brasil. A Constituição Federal de 1988 optou por um Estado Democrático e Social de Direito, pela consagração expressa da dignidade da pessoa humana como valor máximo da ordem jurídica e pelo reconhecimento constitucional dos direitos sociais. Com isso, assumiu o firme compromisso de garantir a todos um mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia. No que toca ao desenho institucional, o Constituinte adotou o modelo de constitucionalismo no qual o eixo da balança, responsável último por manter o equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais, é o Poder Judiciário. De outro lado, também são decorrência do Estado Democrático de Direito o pluralismo razoável e a separação de poderes, a demandar uma leitura pluralista da Constituição e o reconhecimento de certos domínios exclusivos reservados aos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse quadro, o direito (e garantia) ao mínimo existencial apresenta-se como o critério material de justiciabilidade dos direitos sociais, independentemente da intervenção conformadora dos órgãos que representam a maioria. A exigibilidade judicial daquilo que ultrapassa este mínimo depende da deliberação democrática. Dessa forma, garante-se e promove-se a dignidade da pessoa humana, assegura-se a Constituição enquanto *marco* naquilo que diz com a autovinculação democrática fundamental e se deixa em aberto o espaço necessário a que a comunidade política construa o seu futuro e desenhe a sociedade na qual deseja viver. Ao efetivar o mínimo existencial, o Poder Judiciário cumpre de modo pleno a importante função que lhe foi confiada na construção da ponte entre o projeto constitucional e a realidade: proteger os direitos fundamentais e a democracia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Poder Judiciário. Democracia. Separação dos poderes.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to investigate the role of the Judiciary in the enforcement of the fundamental social rights in their positive dimension, by means of a dialectical dialogue between the theoretical questions that involve the institutional function of the Judiciary in a Democratic State under the rule of law, and the jurisprudential practice of the Constitutional Courts of Germany, South Africa, and Brazil. The Brazilian Federal Constitution of 1988 has opted for a Democratic and Social State under the rule of law, by expressly consecrating the human dignity as the highest value of the legal order, and the constitutional acknowledgement of the social rights. With such, it has assumed the unyielding compromise of guaranteeing to all persons a minimum for existence grounded on the human dignity, the right to freedom, and democracy. With regards to the institutional picture, the Constitutional Lawmakers have adopted a model of constitutionalism where the axis of the scale, the ultimate responsible for keeping the equilibrium between the will of the majority and the fundamental rights is the Judiciary. On the other hand, the reasonable pluralism and the separation of powers are also a result of the Democratic State under the rule of law, demanding a pluralistic reading of the Constitution, and the acknowledgement of certain exclusive domains reserved to the Legislative and the Executive. In such a context, the right (and guaranty) to a minimum for existence presents itself as the material standard of justiciability of the social rights, regardless the formatting intervention of the bodies that represent the majority. The legal enforceability of what exceeds such minimum depends on the democratic deliberation. Thus, the dignity of the human person is ensured and promoted, the Constitution is ensured while being a milestone with regards to the fundamental democratic self-connection, and the space is left open, as necessary for the political community to build up its own future, and to depict the kind of society where it wishes to live in. By making the minimum for existence effective, the Judiciary fully accomplishes the important function that has been entrusted to it for the building of the bridge between the constitutional project and the reality: protecting the fundamental rights and democracy.

Keywords: Fundamental social rights. Human dignity. Minimum for existence. Judiciary. Democracy. Separation of power.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>13</b>
<b>1.1 Diretrizes teóricas e delimitação do tema</b> .....	<b>13</b>
1.1.1 <i>Perspectiva histórica: as gerações dos direitos fundamentais</i> .....	13
1.1.2 <i>Caracterização, conceito, funções e classificação dos direitos fundamentais</i> .....	19
1.1.3 <i>Teoria dos princípios constitucionais e alguns desdobramentos</i> .....	25
<b>1.2 Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988</b> .....	<b>36</b>
1.2.1 <i>A textura aberta dos direitos fundamentais e o entrenchamento dos direitos sociais</i> .....	36
1.2.2 <i>Complicadores para a subjetivação dos direitos a prestações</i> .....	39
1.2.3 <i>Critério material de justiciabilidade dos direitos prestacionais</i> .....	43
<b>2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	<b>48</b>
<b>2.1 Conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana</b> .....	<b>48</b>
2.1.1 <i>Notas sobre a dignidade da pessoa humana na filosofia ocidental</i> .....	49
2.1.2 <i>A dignidade da pessoa humana na perspectiva jurídica</i> .....	61
2.1.3 <i>Conceito jurídico de dignidade da pessoa humana</i> .....	70
<b>2.2 A dignidade da pessoa humana na ordem jurídico-constitucional brasileira</b> .....	<b>71</b>
2.2.1 <i>A positivação da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988</i> .....	71
2.2.2 <i>Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana</i> .....	72
2.2.3 <i>Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial</i> .....	76
<b>3 O MÍNIMO EXISTENCIAL</b> .....	<b>80</b>
<b>3.1 Fundamentação: por que garantir um mínimo existencial?</b> .....	<b>80</b>
3.1.1 <i>A contribuição da filosofia</i> .....	80
3.1.2 <i>A visão da comunidade jurídica</i> .....	85
<b>3.2 Conteúdo do mínimo existencial</b> .....	<b>92</b>
3.2.1 <i>Mínimo existencial, conteúdo essencial e minimum core obligation</i> .....	92
3.2.2 <i>Mínimo existencial e mínimo de sobrevivência</i> .....	98
3.2.3 <i>Parâmetros gerais para delimitação do conteúdo do mínimo existencial</i> .....	101
3.2.4 <i>Alguns conteúdos mínimos</i> .....	109
<b>4 PODER JUDICIÁRIO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS</b> .....	<b>120</b>
<b>4.1 A efetivação judicial dos direitos sociais: possibilidades e limites</b> .....	<b>121</b>
4.1.1 <i>Democracia e separação de poderes: a supremacia da Constituição</i> .....	121
4.1.2 <i>O Poder Judiciário e a sociedade aberta de intérpretes</i> .....	128
4.1.3 <i>Poder Judiciário e democracia: as margens da atuação judicial</i> .....	133
<b>4.2 A atuação das Cortes Constitucionais: Alemanha, África do Sul e Brasil</b> .....	<b>153</b>
4.2.1 <i>Tribunal Constitucional Federal da Alemanha</i> .....	154
4.2.2 <i>Corte Constitucional da África do Sul</i> .....	157
4.2.3 <i>Supremo Tribunal Federal</i> .....	163
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>172</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>177</b>

## INTRODUÇÃO

*Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário na sua efetivação* busca examinar aspectos doutrinários e jurisprudenciais envolvendo a função do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão positiva.

Justifica-se a presente pesquisa em razão dos grandes problemas práticos e teóricos decorrentes da falta de uma compreensão adequada dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à efetivação da categoria denominada *direitos a prestações em sentido estrito*. De um lado, formulam-se teorias classificatórias que esvaziam o conteúdo protetivo dos direitos sociais, argumentando-se não ser da competência do juiz a sua efetivação: somente a esfera política detém legitimidade democrática para desenvolver políticas públicas. No extremo oposto, não falta quem defenda a irrestrita judicialização dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a quaisquer prestações estatais potencialmente abrigadas no âmbito de proteção do direito, isso a qualquer custo, desprezando-se por completo o pluralismo razoável e/ou a capacidade prestacional da sociedade. O estudo teórico do tema em pauta, assim, assume crucial importância em uma sociedade complexa e marcadamente difusa, objetivando-se preservar a eficácia útil dos direitos fundamentais sociais e, ao mesmo tempo, a substância democrática do Estado Constitucional.

A questão, como se percebe, é uma das mais complexas do direito constitucional, pois envolve, dentre outros aspectos dignos de reflexão, as ideias de supremacia da Constituição e sua força normativa, jurisdição constitucional, Estado de Direito e separação de poderes e, por óbvio, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial. Passa-se, inevitavelmente, pela necessidade de harmonizar a liberdade dos órgãos politicamente conformadores na escolha dos instrumentos adequados para a implementação das políticas de proteção social e a garantia do direito a uma existência digna. Não é à toa, pois, que o tema vem instigando uma acirrada discussão doutrinária sem que se tenha chegado a um consenso.

Dessa forma, o escopo da dissertação é buscar uma teoria que atribua efetividade concreta aos direitos fundamentais sociais independentemente da atuação do legislador (intermediação legislativa infraconstitucional) ou do administrador (condução de políticas públicas), mas sem colocar em risco os ideais democráticos. A partir do enfrentamento de uma concepção material de Estado Democrático de Direito, supõe-se que a dignidade da

pessoa humana é o princípio central que confere organicidade e consistência ao próprio ordenamento constitucional, extraído-se dessa concepção a plena eficácia jurídica do mínimo existencial. Este, por sua vez, enquanto concretização da dignidade da pessoa humana em sua dimensão positiva, apresenta-se como o critério material constitucionalmente adequado de justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais.

Nesse intento, é utilizado, preponderantemente, o método dedutivo, uma vez que a pesquisa bibliográfica também pressupõe uma análise a partir de teorias e concepções de natureza política. A leitura, também, indica novas vertentes a serem seguidas. São utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, tanto doutrinária, como jurisprudencial e legislativa, priorizando-se os escritos em língua portuguesa, inglesa e espanhola, sendo que a literatura originalmente em língua germânica foi intermediada pelas traduções disponíveis. O trabalho segue, assim, a dialética como espaço metodológico prioritário. A partir daí, pretende-se fazer uma investigação cujo relato é dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, a fim de fixar as diretrizes teóricas que darão suporte às posições defendidas no curso do trabalho, é abordada a teoria dos direitos fundamentais, centrando-se nos aspectos que tenham repercussão no âmbito dos direitos sociais. Inicia-se com uma referência à origem e ao desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, a evidenciar a transição do Estado da posição de *inimigo* para a de *guardião e promotor* dos direitos fundamentais em geral e dos direitos sociais em particular. Depois, são tecidas considerações sobre a caracterização, conceito, funções e classificação dos direitos fundamentais, delimitando-se o objeto de estudo e estabelecendo-se um acordo semântico. Também são objeto deste capítulo a teoria dos princípios constitucionais e alguns de seus desdobramentos, nomeadamente a teoria das restrições e o princípio da proporcionalidade. Num segundo momento, são analisados os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988, destacando-se a opção do Constituinte pela textura aberta dos direitos fundamentais e pelo *entrincheiramento* dos direitos sociais. São considerados, igualmente, os complicadores para a subjetivação dos direitos a prestações, encerrando-se com a apresentação de algumas propostas doutrinárias para contorná-los, as quais convergem em dois pontos, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, donde se infere a necessidade de uma investigação mais aprofundada dessas figuras.

O segundo capítulo é destinado à dignidade da pessoa humana, em que são estudados o seu conteúdo e o significado, bem como a sua incorporação à ordem jurídico-constitucional brasileira. Embora o senso comum da sociedade contemporânea tenha assimilado a ideia de que os seres humanos são dotados de inerente dignidade, o conteúdo da dignidade da pessoa

humana ainda é tema de controvérsia. Em não sendo uma criação constitucional, mas um princípio de base eminentemente filosófica, são apresentadas algumas notas sobre a dignidade da pessoa humana na filosofia ocidental, as quais dão suporte para o delineamento jurídico, analisado na sequência, propiciando um conceito jurídico de dignidade da pessoa humana. Consagrada expressamente na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana deixa de ser um princípio moral e passa a constituir o fundamento do Estado brasileiro que, com isso, assume a condição de meio para o bem-estar do homem, a quem deve assegurar as condições necessárias para que leve uma vida digna. Dessa forma, a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana e a interdependência entre esta e os direitos fundamentais são igualmente objeto deste segmento, que termina com a constatação de que o pleno exercício das potencialidades humanas pressupõe o acesso a condições materiais básicas para uma vida digna, a exigir o reconhecimento do direito (e garantia) fundamental a um mínimo existencial.

O terceiro capítulo, então, é dedicado ao mínimo existencial. Se do ponto de vista moral é bastante difundida a compreensão de que a comunidade política deve garantir aos seus membros, pelo menos, um padrão de vida minimamente decente, do ponto de vista jurídico se discute por que isso também se constitui em um dever jurídico e o que exatamente esse dever significa. É isso que se desenvolve neste capítulo. Para responder à primeira indagação, são abordadas as contribuições da filosofia e a visão da comunidade jurídica. Para responder à segunda, buscar-se delinear o tanto quanto possível – pressupondo, desde logo, a impossibilidade de se fixar em abstrato e de modo definitivo – os contornos do mínimo existencial, diferenciando-o de outras categorias que lhe são próximas e estabelecendo alguns parâmetros de conteúdo, tanto em termos qualitativos como quantitativos, a fim de amparar a dignidade da pessoa humana em caso de desvio do poder público ou de déficit na capacidade prestacional da sociedade.

É no quarto capítulo que são enfrentados os problemas que circundam a efetivação judicial dos direitos sociais. Assumindo que cabe (também) aos juízes construir a ponte entre o enunciado normativo e a realidade e, acima de tudo, proteger a Constituição e a democracia, procura-se responder à indagação, que é central aos objetivos da pesquisa: *até onde* o Poder Judiciário pode ir para concretizar os direitos sociais? Para tanto, são abordados alguns aspectos da democracia e, sobretudo, da separação dos poderes, com ênfase para a arquitetura institucional desenhada pela Constituição de 1988, na qual o responsável último por manter o equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais é o Poder Judiciário. A premissa de que o Poder Judiciário deve se abrir para o diálogo com a sociedade incorporando elementos pluralistas que democratizem ainda mais a jurisdição constitucional também é

desenvolvida neste capítulo, especialmente a partir do pensamento de Peter Häberle. A seguir, são examinadas as possibilidades e limites de atuação do Poder Judiciário, propondo-se o mínimo existencial como critério material de judicialização dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações, sem prejuízo de, mesmo nesta seara, reconhecer a primazia da função conformadora dos órgãos de representação política e as condicionantes impostas pela reserva do possível e pela convivência harmônica com outros princípios e bens constitucionalmente protegidos. Por fim, procura-se uma interação dialética entre a teoria e a prática jurisprudencial das Cortes Constitucionais da Alemanha, da África do Sul e do Brasil, com a qual se acredita que o debate jurídico-constitucional, na perspectiva brasileira, não apenas ganha em qualidade, na medida em que se deixa influenciar pela tradição do constitucionalismo germânico, como adquire novos horizontes, ao se abrir para o jovem constitucionalismo sul-africano e sua Constituição *transformadora*.

Enfim, trilhado esse caminho, intenta-se encontrar respostas às inquietações que a motivaram a pesquisa, particularmente no que se refere ao valor supremo da dignidade da pessoa humana e à função institucional do Poder Judiciário: proteger os direitos fundamentais e a democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve por objeto investigar a função do Poder Judiciário em proteger, simultaneamente, os direitos fundamentais e a democracia, operando-se uma interlocução dialética entre as questões teóricas e a prática jurisprudencial das Cortes Constitucionais da Alemanha, da África do Sul e do Brasil.

A partir do estudo doutrinário, pôde-se constatar que os direitos fundamentais não se realizam apenas *contra* o Estado, mas *através* dele, exercendo importante função promocional. O resgate dos direitos humanos em geral e da dignidade da pessoa humana em particular que se seguiu ao segundo pós-guerra acentuou o papel do Estado como *guardião* e *promotor* dos direitos fundamentais, cabendo-lhe garantir as condições fáticas para o exercício daqueles direitos aos que não conseguem alcançá-las por meios próprios, a fim e promover o acesso individual aos bens constitucionalmente protegidos.

Para garantir a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, são imprescindíveis as concepções de supremacia da Constituição e sua força normativa, de jurisdição constitucional e do Direito Constitucional como sistema normativo composto por princípios e regras jurídicas. A teoria principiológica dos direitos fundamentais oferece a melhor compreensão acerca da estrutura desses direitos e, por conseguinte, fornece os critérios mais adequados para a determinação dos contornos e limites de cada um, bem como para superar conflitos jurídicos e conceber uma adequada aplicação dos preceitos constitucionais, fazendo com que as disposições da Constituição possam interagir com a realidade concreta.

Como os princípios são dotados de *mandamentos de otimização*, os preceitos constitucionais devem ser aplicados da melhor forma possível, tendo-se por parâmetro as condições sociais e políticas vigentes à época da aplicação. Com isso, impede-se que a Constituição seja uma mera *folha de papel escrita* ou uma *carta de intenções*, sem força para tornar o seu projeto realidade. De outro lado, implica deva a Constituição preservar os seus elementos de identidade e, ao mesmo tempo, estar vinculada ao momento histórico de seu povo sem se fechar para o pluralismo razoável, pois os direitos fundamentais devem conviver em harmonia com o princípio democrático e com a cláusula do possível em sentido amplo.

Não menos importante é a noção de que os direitos fundamentais, como representantes daquelas posições jurídicas cujo conteúdo e importância levaram ao seu

*entrenchamento* constitucional, estão fora da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos e das decisões políticas tomadas pela maioria. Daí a superação do conceito de democracia como mero sinônimo de soberania popular traduzida pela vontade da maioria (democracia formal). As democracias praticadas no mundo contemporâneo – vitoriosas na guerra contra o nazismo, fascismo e comunismo – assentam-se, também, na separação de poderes, no Estado de Direito, na independência dos juízes e nos direitos fundamentais (democracia substancial). Em poucas palavras, direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos umbilicalmente ligados e interdependentes.

Observou-se a mudança de paradigma pela qual o ser humano passa a figurar como elemento central da ordem política e a dignidade da pessoa humana, de base moral, a comando jurídico indissolúvelmente unido ao conceito de direitos humanos, como fonte e justificação destes e como princípio orientador da atuação estatal. A dignidade é recebida no mundo do Direito com o sentido construído pelo pensamento teológico e filosófico, inspirada essencialmente na concepção kantiana, ou seja, centrada na autonomia e na fórmula do homem como fim em si mesmo, mas, também, como categoria axiológica em permanente construção à vista da evolução histórico-cultural da sociedade. Assim, a definição jurídica de dignidade contém, como elementos essenciais, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia e a intersubjetividade, assumindo dupla dimensão, defensiva e prestacional, e, portanto, outorgando direitos subjetivos também de cunho negativo e positivo. É a partir da dignidade, pois, que se justifica o reconhecimento do direito (e garantia) fundamental a um mínimo existencial, mesmo na ausência de norma constitucional expressa, como é o caso da Constituição brasileira.

A compreensão de que a comunidade política deve garantir aos seus membros, pelo menos, um padrão de vida minimamente decente, então, torna-se evidente. Mais uma vez, o Direito se beneficia da fundamentação filosófica tanto para justificar o seu indeclinável encargo político-jurídico como para delimitá-lo. Daí a conclusão de que a garantia do mínimo existencial, além de constituir, em si, um ideal de justiça, porquanto diretamente conectado ao valor absoluto da pessoa humana, é, ao mesmo tempo, requisito essencial para o pleno exercício da liberdade material e para a democracia, esta notoriamente dependente da qualidade dos atores que participam da formação da vontade na esfera pública e cuja legitimidade supõe a participação igualitária de todos nesse processo. Disso decorre que o mínimo existencial deve contemplar prestações materiais que assegurem uma vida com dignidade e propiciem a plena fruição da autonomia e da cidadania, o que não significa a

satisfação de querências individuais, e sim de um padrão compatível com a realidade social na qual se insere, porém sem abdicar de um conteúdo predeterminado – numa feição quase absoluta, mas sempre suscetível à expansão –, composto daquelas prestações cuja essencialidade para a vida humana é, hoje, amplamente reconhecida.

Nesse contexto, viu-se que a Constituição Federal de 1988 bem demonstra a assimilação dessas ideias, então reinantes desde o fim dos períodos ditatoriais do século XX, ao menos nos países ocidentais. De fato, o Constituinte optou por um Estado Democrático e Social de Direito, pela consagração expressa da dignidade da pessoa humana como valor máximo da ordem jurídica e pelo reconhecimento constitucional dos direitos sociais. Com isso, assumiu o firme compromisso de garantir a todos um mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia. Não se trata, pois, de uma obrigação unicamente moral, mas de uma imposição legal traduzida em um comando cogente e coercitivamente assegurável.

No que toca ao desenho institucional, o Constituinte adotou o modelo de constitucionalismo no qual o eixo da balança, responsável último por manter o equilíbrio entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais, é o Poder Judiciário. Porém se é certo que a legitimidade do Poder Judiciário advém diretamente da Constituição, e não do sufrágio eleitoral, não é menos certo que a sua autoridade depende da confiança da sociedade, que tem de reconhecer a legitimidade das decisões judiciais, ainda que delas discorde. Para tanto, faz-se imprescindível uma leitura pluralista da Constituição aliada a mecanismos de controle da discricionariedade judicial. Além disso, há de se reconhecer a existência de certos domínios exclusivos reservados aos Poderes Legislativo e Executivo que não podem ser invadidos pelo Poder Judiciário.

No caso específico dos direitos sociais, a não ser naqueles casos em que a norma constitucional expressa um comando temporal e materialmente preciso, a lógica da separação dos poderes indica que o Constituinte distribuiu aos representantes do poder político democrático a função de, em primeira linha, definir o conteúdo do direito, bem como o tempo e o meio de realizá-lo, e assim o fez deixando em aberto uma margem de liberdade de conformação com amplitude inversamente proporcional à densidade normativa. Ao Judiciário, o Constituinte reservou um papel que, nesta matéria, pode-se dizer subsidiário – mas não de menor importância –, qual seja, controlar a compatibilidade das opções políticas com os parâmetros impostos pela Constituição, inclusive da opção de *não optar*, tendo-se em conta que por mais ampla que seja a zona de discricionariedade dos órgãos estatais, nela não está

incluída a *opção de nada fazer* tampouco a de *fazer qualquer coisa*.

Em não sendo possível satisfazer de modo pleno e imediato as demandas sociais de todas as pessoas, é necessário que a sociedade eleja prioridades. Quando isso é feito pelo Constituinte originário, a decisão é retirada do debate político e deve ser respeitada, vinculando as gerações futuras. Do contrário, as escolhas devem ser tomadas pelos representantes cuja legitimação é majoritária, observados o pluralismo democrático e a alternância no poder. O Judiciário não possui credenciais democráticas e nem é o mais indicado do ponto de vista da capacidade institucional para escolher em nome da sociedade; a função que lhe foi confiada no plano da jurisdição constitucional é a de guarda da Constituição.

Diante dessas observações, defendeu-se que, para além dos direitos contemplados em normas-regra, a Carta de 1988 também excluiu da zona de disponibilidade política o direito ao mínimo existencial àqueles que não disponham de meios para, por si, alcançá-lo. Portanto, em relação a este, é possível falar em direito subjetivo a prestações materiais do Estado independentemente da intervenção conformadora dos órgãos que representam a maioria. De outra banda, a exigibilidade judicial daquilo que ultrapassa este mínimo vai depender da deliberação democrática. E mesmo na seara do mínimo existencial cabe aos órgãos que exercem responsabilidade política sobre os gastos públicos conformar as colisões que certamente ocorrerão com outros direitos e bens constitucionais, transformando o direito *prima facie* em direito definitivo. Porém, em matéria de mínimo existencial, o campo de deliberação política é significativamente mais estreito, e o juiz também está legitimado a concretizar o direito, embora de forma subsidiária, na falta, total ou parcial, do legislador ou do administrador.

A posição defendida neste trabalho – de restringir o direito subjetivo de caráter positivo às prestações que compõem o mínimo existencial – garante e promove a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, atendendo aos dois princípios que lhe são inerentes, o do valor intrínseco e o da responsabilidade pessoal, ao mesmo tempo em que preserva o princípio democrático e a separação dos poderes. Assegura-se, assim, a Constituição enquanto *marco* naquilo que diz com a autovinculação democrática fundamental, deixando em aberto o espaço necessário a que a comunidade política construa o seu futuro e desenhe a sociedade na qual deseja viver.

Isso não significa que os demais direitos não sejam importantes, tampouco que eles não tenham qualquer eficácia jurídica. Significa, apenas, que não há direito subjetivo

diretamente fundado na Constituição a prestações materiais que transbordem o mínimo existencial. As políticas públicas implementadas e a omissão, total ou parcial, dos órgãos politicamente conformadores estão sujeitas ao controle judicial de constitucionalidade.

A dialogar com a posição adotada, constatou-se que as Cortes Constitucionais da Alemanha, da África do Sul e do Brasil têm procurado (consciente ou inconscientemente) encaixar as prestações porventura concedidas entre aquelas tidas por essenciais para garantir a vida e/ou a vida com dignidade. O exame da jurisprudência constitucional também demonstrou que o Poder Judiciário vem buscando caminhos para bem desempenhar sua função de proteger a dignidade da pessoa humana, estabelecendo uma relação de harmonia, colaboração e interação com os demais Poderes.

Mas a convicção de que não existem verdades absolutas mantém as portas do debate sempre abertas para novos (e velhos) argumentos. Trata-se, apenas, de um ponto de partida. Logo, não se rejeitou, de modo peremptório, a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à prestação que transcenda o mínimo existencial. No entanto, ainda não se encontrou uma alternativa constitucionalmente adequada, vale dizer, uma que ofereça um critério que separe o que é passível de judicialização daquilo que não é sem, com isso, degenerar a democracia.

Enfim, é evidente que não se tem qualquer pretensão de exaurir o assunto e, menos ainda, a ambição de resolver os problemas teóricos e práticos que gravitam em torno deste intrincado e ao mesmo tempo fascinante tema que é objeto desta pesquisa. Almeja-se, tão-somente, contribuir para o debate, instigando a reflexão e o diálogo crítico.