

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MARIANA COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA

**JUSTICIABILIDADE DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: uma análise
comparativa entre Brasil e Argentina**

Juiz de Fora – MG

2017

MARIANA COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA

**JUSTICIABILIDADE DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: uma análise
comparativa entre Brasil e Argentina**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de mestre na área de concentração Direito e Inovação, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Toledo.

Juiz de Fora – MG

2017

MARIANA COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA

**JUSTICIABILIDADE DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: uma análise
comparativa entre Brasil e Argentina**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para a obtenção do título de mestre na área de concentração Direito e Inovação, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Aprovada em de de

BANCA EXAMINADORA

Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

DEDICATÓRIA

Às minhas amadas avós Olívia e Vera, duas mulheres fantásticas que infelizmente partiram desse mundo no decorrer da pesquisa.
A todos que têm seus direitos fundamentais sociais diariamente vilipendiados.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ronaldo Martins Ferreira e Maria de Fátima Colucci Goulart dos Santos, por me ensinarem que a educação pode concretizar sonhos e por me apoiarem incondicionalmente. Vocês são meus exemplos, em todos os sentidos.

Ao meu companheiro, Alexandre Ribeiro da Silva, que trilhou comigo essa fase tão enriquecedora, mas também difícil. Caminhamos juntos nessa estrada repleta de surpresas, mas encontramos no outro um porto seguro.

À minha querida orientadora, Professora Doutora Cláudia Toledo, que sempre compartilhou seu imenso conhecimento comigo de forma absolutamente generosa. Verdadeira pesquisadora e professora que muito me lecionou a respeito da vida acadêmica, da pesquisa e do ensino. É um orgulho ser sua orientanda.

Ao Professor Doutor Horácio Etchichury. Sua obra foi fundamental para esse estudo e sou muito grata.

À Professora Doutora Luciana Melquíades, cujo brilhante pensamento foi um verdadeiro marco teórico no que tange à pesquisa quanto ao direito à saúde.

À Professora Doutora Ana Paula de Barcellos pelas inúmeras contribuições durante sua participação na banca de defesa.

Aos colegas do grupo de pesquisa, em especial à Mestra Natascha Alexandrino. Parafraseando o grande Robert Alexy: juntamente à Doutora Cláudia Toledo, vocês são minha “família científica”.

Aos demais professores que tive o prazer de cursar as disciplinas no Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF): Doutores Marcos Vinício Chein Feres; Elizabete Rosa de Mello; Manoela Carneiro Roland; Kelly Cristine Baião Sampaio; Denis Franco Silva; Bruno Amaro Lacerda; Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri e Waleska Marcy Rosa. Cada um de vocês muito colaborou para o meu amadurecimento acadêmico, profissional e pessoal.

Aos colegas do Mestrado pelos ótimos debates e vivências acadêmicas perpetradas ao longo do curso.

À Fundação CAPES e à FADEPE-UFJF pela concessão de Bolsa de Mestrado, desde o início. Isso possibilitou minha dedicação integral e sou grata pela oportunidade.

EPÍGRAFE

Todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia. Lo que importa es lo que se hace con ellas.

Jorge Luis Borges

RESUMO

O mínimo existencial, nomeadamente o conjunto de determinados direitos fundamentais sociais mínimos, visa a assegurar o nível elementar de dignidade humana. Esse conceito, formulado por Robert Alexy, é o ponto de partida desse estudo. O mínimo existencial é justiciável e também não se sujeita à ponderação, já que é um direito definitivo. Isso impossibilita o Poder Público de trazer argumentos, como a reserva do possível, para justificar o seu descumprimento. Todavia, o conteúdo mínimo existencial é variável temporal e geograficamente. Em razão da mencionada variação, o presente trabalho propõe um estudo comparativo entre o que é entendido por mínimo existencial e qual é o seu conteúdo em dois países latino-americanos: Brasil e Argentina. Para tanto, a pesquisa abarcará os direitos à saúde e à educação, de modo a tentar compreender qual será o núcleo essencial de cada um deles nos países supracitados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Mínimo existencial. Justiciabilidade. Brasil. Argentina.

ABSTRACT

The existential minimum, namely the set of minimum fundamental social rights, aims to assure the elementary level of human dignity. This concept, formulated by Robert Alexy, is the starting point of this study. The existential minimum is justiciable and is also not subjected to balancing, since it is a definitive right. This makes impossible for the Public Power to bring arguments, such as the reserve of possible, to justify its non-compliance. However, the content of minimum existential is variable temporal and geographically. Due to this variation, the present work proposes a comparative study between what is understood as existential minimum and what is its content in two Latin American countries: Brazil and Argentina. To this end, the research will include the rights to health and education in order to try to comprehend what will be the essential nucleus of each of them in the countries mentioned above.

Keywords: Fundamental social rights. Existential minimum. Justiciability. Brazil. Argentina.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	12
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO POSSIBILITADORES DA IGUALDADE MATERIAL E DA LIBERDADE FÁTICA.....	15
1.2 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	18
1.3 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	23
2 MÍNIMO EXISTENCIAL	28
2.1. CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL.....	28
2.2 CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	30
2.2.1 Mínimo existencial no Brasil	31
2.2.2 Mínimo existencial na Argentina	32
2.3 O MÍNIMO EXISTENCIAL EM MOMENTOS DE CRISE ECONÔMICA.....	36
2.4 NÚCLEO ESSENCIAL: TEORIAS ABSOLUTA E RELATIVA.....	41
2.4.1 Ponderação e subsunção dos direitos fundamentais sociais	43
3 NÚCLEO ESSENCIAL: UMA ANÁLISE ENTRE BRASIL E ARGENTINA	47
3.1 DIREITO À SAÚDE: CONCEITO E ASPECTOS GERAIS.....	47
3.1.1 Direito à saúde no Brasil	48
3.1.2 Direito à saúde na Argentina	54
3.2 DIREITO À EDUCAÇÃO: CONCEITO E ASPECTOS GERAIS.....	60
3.2.1 Direito à educação no Brasil	62
3.2.2 Direito à educação na Argentina	68
4 EFETIVIDADE E LIMITES AO MÍNIMO EXISTENCIAL	73
4.1 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMO PARA SUA EFETIVIDADE.....	73
4.1.1 Uma apreciação do denominado “ativismo judicial”	77
4.2 RESPOSTAS À CRÍTICA AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	79
4.3 ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	84

4.4 JORNADAS DO DIREITO À SAÚDE E PROJETO DE LEI N. 8058/2014 NO BRASIL.....	89
5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO BRASIL E DA ARGENTINA QUANTO AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	92
5.1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) BRASILEIRO.....	92
5.1.1 Casos relacionados ao direito à saúde no Brasil.....	94
5.1.2 Casos relacionados ao direito à educação no Brasil.....	97
5.2 ENTENDIMENTO DA <i>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN</i> (CSJN) ARGENTINA.....	99
5.2.1 Casos relacionados ao direito à saúde na Argentina.....	100
5.2.2 Casos relacionados ao direito à educação na Argentina.....	103
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS.....	112

INTRODUÇÃO

O estudo comparado aqui desenvolvido teve origem no projeto de pesquisa “*Direitos Fundamentais em função da Dignidade Humana: Estudo Comparativo em Distintos Contextos Internacionais*”, iniciado em 2013 e finalizado em 2016 sob coordenação da Professora Doutora Cláudia Toledo junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

O mencionado projeto de pesquisa propôs-se à reflexão acerca de direitos fundamentais através de estudo comparativo de seus tratamentos formal (nas Constituições) e material (nas jurisprudências constitucionais) em diferentes países. Foi dado especial enfoque aos direitos fundamentais sociais, em razão de serem eles os de mais complexa efetivação devido ao alto custo financeiro que exigem do Poder Público para que sejam concretizados.

Por conseguinte, não é rara a inocuidade das previsões referentes aos direitos fundamentais sociais, pois muitas vezes o Poder Público tenta eximir-se de suas obrigações por meio de argumentos tais como a “reserva do possível”. Desse modo, faz-se necessária a garantia de um “pisso” desses direitos fundamentais sociais, a fim de que a dignidade humana de todo e qualquer indivíduo seja efetivada, ainda que em patamar elementar.

Tal garantia trata-se, pois, do *mínimo existencial*, que se mostra justiciável e não apto à ponderação, haja vista ser o único direito definitivo. Em decorrência disso, os entes federados não poderão alegar a ausência de responsabilidade para com sua consecução.

Cumprе ressaltar que o mínimo existencial não é estanque: ele é variável no tempo e no espaço e em razão das distintas condições socioeconômicas que acometem determinado país. Por conseguinte, o mínimo existencial é direito definitivo, mas não de modo *a priori*, uma vez que não é fixo.

Em razão disso, o objetivo da presente dissertação foi estudar a justiciabilidade do núcleo essencial de determinados direitos fundamentais sociais em dois países latino-americanos, Brasil e Argentina, por meio da análise de suas normas constitucionais, infraconstitucionais e de tratados internacionais ratificados por ambos. Ainda, através do exame da jurisprudência de seus tribunais constitucionais, respectivamente, Supremo Tribunal Federal (STF) e *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN) argentina.

O marco teórico adotado para esta dissertação foi o pensamento do jusfilósofo alemão Robert Alexy, principalmente na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985). Logo, a abordagem científica acerca do mínimo existencial trazida à baila por Alexy é

utilizada nesse estudo, uma vez que se almeja esclarecer também cientificamente o mínimo existencial e a sua aplicabilidade nos países latino-americanos ora pesquisados.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de obras e artigos referentes ao tema, além das análises constitucional e legislativa e do estudo jurisprudencial dos Tribunais Constitucionais brasileiro e argentino.

O ano de início da pesquisa (2004) é em razão de o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do caso paradigmático relacionado ao mínimo existencial no Brasil – a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 – MC/DF* – ter ocorrido em 29/04/2004. É imperioso destacar que foi estudado inclusive o período referente aos anos de 2015-2016 a fim de atualizar as pesquisas realizadas nos anos de 2013-2014 (ANGELUCCI, 2015) e 2014-2015 (GOMES, 2016) concernentes ao tema. Desse modo, os resultados alcançados por Angelucci (2015) e Gomes (2016) foram considerados na presente dissertação, o que denota que a pesquisa relacionada ao mínimo existencial é de três anos no que tange à jurisprudência do STF.

Cumprir já sublinhar que especificamente no período de dezembro de 2015 a novembro de 2016 não houve nova menção ao mínimo existencial no Tribunal Constitucional brasileiro. Isso acarretou a necessidade de destrinchar os dois direitos fundamentais sociais cujos núcleos essenciais compõem o mínimo existencial, consoante defendido nesse estudo: os direitos à saúde e à educação.

De modo a realizar uma comparação em relação à Argentina, a pesquisa foi realizada quanto aos acórdãos da *Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) argentina no ano de 2004 e entre os anos de 2015 a 2016, em uma tentativa de mostrar a visão daquele país quanto aos direitos supramencionados.*

Ocorre que, a despeito do que houve no Brasil com o caso paradigmático relacionado à supracitada ADPF 45 em 2004, no mesmo ano não houve menção ao mínimo existencial. Igualmente, nenhum resultado foi encontrado no período de 2015 a 2016. Por conseguinte, devido à escassez jurisprudencial no tocante ao tema no período comparado, optou-se por trazer algumas decisões proferidas pela CSJN em anos posteriores a 2004 e anteriores a 2015 e 2016, de modo a compreender, aproximadamente, o tratamento perpetrado aos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação.

Assim, a dissertação em tela é composta por cinco capítulos: (i) direitos fundamentais sociais; (ii) mínimo existencial; (iii) núcleo essencial: uma análise entre Brasil e Argentina; (iv) efetividade e limites do direito ao mínimo existencial; e, por fim, (v) análise da jurisprudência do Brasil e da Argentina no que tange ao direito ao mínimo existencial.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os *direitos humanos* apresentam-se como o grupo de valores básicos para a vida e a dignidade humana atribuídos de forma universal, mas ainda não positivados no ordenamento jurídico nacional. Já os *direitos fundamentais* são *direitos humanos* na medida em que são *incluídos* na *Constituição* de determinado ordenamento jurídico. Assim, os *direitos fundamentais* dão forma *jurídica* aos *direitos humanos*. Ao integrarem as Constituições, os *direitos humanos* adquirem o caráter de *normas jurídicas positivas constitucionais como direitos públicos subjetivos*. Logo, são *cogentes, exigíveis, justiciáveis* (TOLEDO, 2003, p. 55-57).

Segundo Cláudia Toledo (2003, p. 57), os valores inerentes ao ser humano e indispensáveis para o seu desenvolvimento nas dimensões biológica e psíquica – reunidos na forma de direitos humanos – são o conteúdo dos *direitos fundamentais*. Além disso, os *direitos fundamentais* representam o *conteúdo máximo axiológico* de determinada sociedade. Apresentam-se como a racionalização ética e situam-se no ápice do ordenamento jurídico de cada nação por declararem os valores entendidos como primordiais entre os demais que também foram transformados em valores jurídicos.

Os *direitos fundamentais* dividem-se, contemporaneamente, em *individuais*¹, *políticos*² e *sociais*. A despeito da importância dos direitos fundamentais individuais e políticos, na presente dissertação serão abordados com mais profundidade os *direitos fundamentais sociais*, que foram primeiramente incluídos na Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, na Constituição de Weimar, em 1919.

¹ Os *direitos fundamentais individuais* foram primeiramente afirmados na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, fruto da Revolução Francesa. Segundo Toledo (2003, p. 84), esses direitos traduzem uma noção de limites de que o indivíduo se cerca a fim de não sofrer invasões ou atitudes arbitrárias de outros indivíduos e, principalmente, de autoridades públicas. É possível compreender como direitos individuais todos aqueles que almejam a defesa da autonomia pessoal no âmbito da qual o ser humano possa gozar de sua liberdade sem uma indevida interferência do Estado e do particular (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 657). Porém, é necessário salientar que os direitos fundamentais individuais não devem ser reduzidos à ideia de liberdade – ela, de fato, é central, mas não é exclusiva a esses direitos. Junto àquela, existe o valor maior, o direito à vida, e, ainda, o valor essencial à declaração desses direitos na Revolução Francesa, o direito à propriedade. Destaca-se, ainda, que a ideia de antagonismo entre indivíduo e Estado é incompatível com o atual estágio do Estado Democrático de Direito, pois não é mais possível compreender a existência de tal dissociação no contexto de uma democracia. Ou seja, “os direitos fundamentais apresentam-se assim como a finalidade do Estado Democrático de Direito” (TOLEDO, 2003, p. 85).

² Os *direitos fundamentais políticos*, por seu turno, também primeiramente afirmados na Declaração de 1789, estabelecem condições para o exercício da cidadania política, abrangendo as prerrogativas de votar e ser votado, além de limitarem o exercício da cidadania através da disciplina de hipóteses de inelegibilidade e perda e suspensão de direitos políticos (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 763). São, pois, a expressão maior dos direitos à igualdade e à liberdade, uma vez que, consoante Toledo (2003, p. 87), caracterizam a autodeterminação do indivíduo e do povo, passando do plano particular para o âmbito social.

O jusfilósofo alemão Robert Alexy trata dos direitos fundamentais sociais na obra *Theorie der Grundrechte*, que foi escrita originalmente em alemão em 1985³. Nela, Alexy (2012, p. 499) conceitua os direitos fundamentais sociais como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

Cabe ressaltar que essa noção trazida por Alexy acerca do que são os direitos fundamentais sociais é dotada de um viés formalista. É dizer, Alexy não traz o conceito material dos direitos fundamentais sociais – isto é, quais são esses direitos – mas apresenta uma ideia formal do que eles são.

Todavia, respeitosamente, defende-se aqui que essa definição é incompleta. Não por possuir um teor formal, mas em razão de serem os direitos fundamentais sociais de responsabilidade dos *entes públicos* e não de particulares. Não há um caráter subsidiário do Poder Público, uma vez que os direitos fundamentais sociais são direitos à prestação positiva estatal.

O próprio Alexy (2012, p. 442) preceitua que a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos através de normas de Direito Penal (“direitos à proteção”) até o estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais (“direitos à organização e ao procedimento”). Essas são as prestações positivas *normativas* do Estado, que não serão abordadas nesta dissertação.

Consoante o jusfilósofo alemão (ALEXY, 2012, p. 444), os direitos a prestações, em sentido amplo, podem ser divididos em: (i) direitos à proteção; (ii) direitos à organização e ao procedimento, sendo essas últimas prestações positivas normativas; e (iii) direitos às prestações em sentido estrito, que se referem às prestações positivas fáticas. Cumpre ressaltar que, caso tal distinção não fosse feita, o conceito de direitos fundamentais sociais ficaria muito amplo, o que então diminuiria sua cientificidade.

Consequentemente, os direitos fundamentais sociais referem-se apenas às *prestações positivas fáticas*. Tais direitos, conforme o pensamento de Alexy (2012, p. 499), aludem aos direitos às prestações em sentido estrito. Assim, *são direitos subjetivos a prestações*, ressaltando-se que “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação” (ALEXY, 2012, p. 442).

³ Para fins de estudo, utiliza-se na presente dissertação a versão de 2012 traduzida para o português por Virgílio Afonso da Silva e denominada como *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Destaca-se que os *direitos fundamentais sociais dependem da execução de políticas públicas*, ou seja, *são direitos à prestação positiva estatal*. Por conseguinte, o indivíduo é titular do direito enquanto o Estado é o “destinatário”. O Estado só deixa de ser o destinatário desse direito se o seu titular assim o desejar, já que direito se trata de faculdade e não de obrigação. Logo, o indivíduo pode optar, por exemplo, pelo ensino privado, mas tem o direito ao ensino público, assim como ocorre no direito à saúde no que se relaciona ao atendimento em estabelecimentos públicos.

Não por acaso os direitos fundamentais sociais, para serem exercidos, reclamam a disponibilidade das prestações positivas fáticas. Pode-se afirmar que eles não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *perante* o Estado, uma vez que exigem dos órgãos do Poder Público prestações materiais (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 716-717).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 130), resulta evidente que o desafio maior é o de dar cumprimento ao dever de progressiva concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, essencialmente nos denominados “países em desenvolvimento”. Onde a ampla maioria da população sofre com as consequências advindas da desigualdade social que persiste, por exemplo, na *América Latina*, impõe-se uma maior vigilância em relação a toda e qualquer medida potencialmente restritiva aos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, Roberto Gargarella (2015, texto *online*) preceitua que os países latino-americanos foram os primeiros a incorporar os direitos fundamentais sociais em suas Constituições. Atualmente, a maioria dos países de tal região possui uma lista longa e substancial desses direitos fundamentais. No entanto, o autor (GARGARELLA, 2015, texto *online*) critica que o fato de que ao mesmo tempo em que essas Constituições aparentam ser modernas e repletas de direitos, elas também possuem a aparência de antigas e regressivas no que tange à seção referente à organização dos poderes e à democracia⁴.

Horacio Etchichury (2013, p. 15) destaca que vivemos em um mundo injusto, desigual e com enormes violações dos direitos humanos para uma grande parte da população mundial. Os *direitos fundamentais sociais* são, na maioria dos casos, os mais violados em

⁴ O potencial de contribuição do Poder Judiciário ao diálogo democrático na maioria das vezes deriva de sua posição institucional única. Sua missão institucional fundamental é receber reclamações daqueles que consideram ter recebido um tratamento impróprio através do processo de tomada de decisões majoritário, ou seja, do Poder Legislativo. Essa função situa os juízes em uma posição excepcional de prover uma importância justa aos interesses das pessoas que foram injustamente excluídas da arena política democrática comum. Porém, de acordo com Gargarella (2015, texto *online*), essa prática poderia excluir ainda mais os já excluídos, isto é, as vozes que não são ouvidas da democracia (“*missing viewpoints*”) ou mesmo ocasionar a imposição do Direito a interesse de grupos particulares ao invés de ele ser o produto de um diálogo envolvendo aprendizado e correção mútuos por todos os setores e ramos da sociedade (“*naked interests*”).

razão da necessidade de uma postura ativa do Poder Público no que tange à sua garantia. Inclusive na *Argentina*, país que também será objeto de estudo nessa dissertação, aprofundam-se alguns desses problemas, já que as violações ocorrem em um contexto no qual alguns têm muito e vivem na opulência, enquanto outros não têm sequer as necessidades humanas mais básicas satisfeitas.

Nesse sentido e considerando a importância e a atualidade do assunto, este estudo inicia-se com a análise dos direitos fundamentais sociais como possibilitadores da *igualdade material* e da *liberdade fática*, passando à *fundamentalidade* e à *justiciabilidade* daqueles.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO POSSIBILITADORES DA IGUALDADE MATERIAL E DA LIBERDADE FÁTICA

Os direitos fundamentais sociais são definidos como aqueles direitos que demandam *prestações positivas estatais* para sua efetividade. Nessa conjuntura, salienta-se inicialmente que eles atuam como possibilitadores para a consecução do direito de *igualdade material*.

A *igualdade material*, de acordo com Toledo (2003, p. 90), requer *igualdade de oportunidades*, que apenas pode acontecer através da “redistribuição dos bens materiais, da riqueza social (função social da propriedade), feita pela presença ativa do Estado, reorganizando a sociedade”.

Os direitos fundamentais sociais possibilitam o conseguimento da *igualdade material* que, por sua vez, exige a *igualdade de oportunidades*. Consequentemente, pode-se entender que: (i) a *igualdade de oportunidades* conecta-se à *igualdade material*, uma vez que essa exige aquela; e (ii) a *igualdade material* proporciona a *liberdade fática*.

Nesse contexto, argumenta-se que os *direitos fundamentais sociais* podem ser defendidos com base na *liberdade*. O ponto de partida desse raciocínio é relacionado a duas teses: (i) a *liberdade jurídica*⁵ não tem valor sem uma *liberdade fática*⁶; e (ii) a *liberdade fática* de um grande número de indivíduos titulares de direitos fundamentais não encontra sua base material em um espaço vital controlado por aqueles. Ela depende, sobretudo, de *atividades estatais* (ALEXY, 2012, p. 503-504).

Alexy (2012, p. 505) concorda com ambas as teses, porém salienta que elas são apenas um ponto de partida em defesa dos direitos fundamentais sociais. Assim, “para

⁵ A liberdade jurídica é a permissão, advinda do Direito, para se fazer ou deixar de fazer algo.

⁶ A liberdade fática (real) é a possibilidade no mundo dos fatos, ou seja, de forma empírica, de escolher entre as alternativas permitidas.

completar o argumento baseado na liberdade é necessário demonstrar por que a liberdade fática deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais”.

A fim de justificar a atribuição de direitos fundamentais sociais com a ajuda de um argumento que se baseia na liberdade, é preciso justificar também por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática. Para isso, Alexy (2012, p. 505-507) utiliza-se de dois argumentos.

O primeiro baseia-se na importância da liberdade fática para o indivíduo. Por exemplo, para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do *mínimo existencial*⁷. A eliminação de sua situação de necessidade é mais importante do que a liberdade jurídica, pois essa de nada servirá a ele em razão dessa situação de necessidade. Adiciona-se a esse cenário “o fato de que a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido” (ALEXY, 2012, p. 506).

Por sua vez, conforme Alexy (2012, p. 506), o segundo argumento conecta-se ao primeiro. Consoante este segundo argumento, “a liberdade fática é constitucionalmente importante não apenas sob o aspecto formal de garantia de coisas especialmente importantes, mas também sob o aspecto substancial” (ALEXY, 2012, p. 506)⁸.

Para melhor compreender essas noções alexyanas, faz-se necessário utilizar a *Teoria dos Princípios* delineada na tese de Alexy em 1985. À luz daquela teoria, o catálogo de direitos fundamentais deve ser interpretado de modo que expresse, entre outros, “princípios que exijam que o indivíduo possa desenvolver livremente sua dignidade na comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática” (ALEXY, 2012, p. 506). Na mencionada obra, o jusfilósofo alemão apresenta objeções relacionadas aos direitos fundamentais sociais através dos argumentos formal e substancial (ALEXY, 2012, p. 507).

O argumento formal considera que, sendo o objeto desses direitos de difícil determinação, pode-se pensar que determinar o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é responsabilidade apenas do processo político e não excepcionalmente do Tribunal Constitucional. Parte-se da ideia “de que os direitos fundamentais sociais ou não são justificáveis ou o são apenas em pequena medida” (ALEXY, 2012, p. 507). A base dessa tese poderia ser a dificuldade em determinar “os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais” (ALEXY, 2012, p. 507).

⁷ O conceito e o conteúdo do mínimo existencial serão abordados no capítulo 2.

⁸ Alexy (2012, p. 506) afirma que o Tribunal Constitucional Federal alemão interpretou o catálogo de direitos fundamentais como uma expressão de um sistema de valores no qual em seu centro encontra-se o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade na comunidade social.

Todavia, as dificuldades na definição do conteúdo exato de direitos e a determinação precisa de conceitos são tarefas comuns para jurisprudência e para a Ciência do Direito. Logo, ao lado das indefinições semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, essa tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar, conforme Alexy (2012, p. 508), a impossibilidade de se chegar a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados de forma abstrata. Ela tem que sustentar que o Direito não fornece critérios suficientes para isso e, por conseguinte, a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais trata-se de uma tarefa política. E, a partir dessa ideia, na seara dos direitos fundamentais sociais, os tribunais poderiam decidir tão somente após o legislador já ter decidido (ALEXY, 2012, p. 508).

Já o argumento substancial contra os direitos fundamentais sociais sustenta que esses direitos são incompatíveis com normas constitucionais materiais. Alexy (2012, p. 509) explica esse argumento afirmando que na medida em que aquelas normas garantam direitos de liberdade, “o argumento substancial é um argumento vinculado à liberdade contra os direitos fundamentais sociais sustentados em um argumento vinculado à liberdade”.

Essa última afirmação é melhor delineada quando o jusfilósofo alemão aduz que os direitos fundamentais sociais são custosos e para a sua realização o Estado pode somente distribuir o que recebe na forma de impostos e taxas. Todavia, isso significa que os limites suscitados a respeito da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens que podem ser distribuídos, mas do que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem que seus direitos fundamentais sejam violados (ALEXY, 2012, p. 510). Portanto, o argumento substancial considera que os direitos fundamentais sociais colidem com outros direitos, especialmente com os direitos de liberdade.

Alexy soma os argumentos favoráveis aos contrários no modelo que propõe para os direitos fundamentais sociais. Conforme supracitado, ele (ALEXY, 2012, p. 511) considera que, do ponto de vista constitucional, os direitos a prestações positivas fáticas na forma dos direitos fundamentais sociais, são tão importantes que a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los não pode ser deixada para maioria parlamentar simples.

Sendo assim, a problemática relacionada a quais direitos fundamentais sociais o indivíduo possui definitivamente é uma questão de ponderação de princípios. De um lado, encontra-se, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro, o princípio formal da capacidade decisória do legislador democraticamente legitimado, além de princípios materiais relacionados, principalmente, à liberdade jurídica de terceiros e também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos (ALEXY, 2012, p. 512).

Esse modelo não determina quais são os direitos que o indivíduo possui, mas afirma que ele pode possuir alguns e, ainda, o que é relevante para a sua existência e o seu conteúdo, mesmo em razão da citada concepção formalista do jusfilósofo alemão.

Nessa esteira, Alexy (2012, p. 512) aduz que uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se: (i) o princípio da liberdade fática a ordenar de forma imediata e se (ii) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que abarca a competência orçamentária do Legislativo) bem como (iii) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do Tribunal Constitucional que a considerarem.

Esse pensamento alexyano é a base para o estudo do mínimo existencial, alvo de pesquisa nessa dissertação. Não por acaso, portanto, o jusfilósofo alemão (ALEXY, 2012, p. 512) ressalta que:

Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso de direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica⁹.

Por conseguinte, Alexy busca dar uma resposta geral, sustentando que a prestação estatal deverá ocorrer quando o princípio da *liberdade fática* o demandar de modo urgente e os princípios formais e materiais foram afetados em uma medida relativamente pequena. E é justamente isso o que ocorre no caso do direito a um *mínimo existencial*.

1.2 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

De acordo com Alexy e Rogério Luiz Nery da Silva (2015, p. 167-168), os direitos fundamentais têm uma *dupla natureza* e essa dupla natureza conduz a um conceito *não positivista* de direitos fundamentais.

A tese de dupla natureza não contesta que os direitos fundamentais sejam direito positivo (ressalta-se, direito positivado na Constituição). Todavia, isso não se mostra suficiente para explicar a sua natureza. A positividade é somente um lado dos direitos

⁹ Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2016) entende que os direitos fundamentais sociais mínimos são aqueles identificados como *conteúdo do mínimo existencial*. Isto é, todos os direitos que Alexy mencionou após a expressão “mínimo existencial” representam o que ele próprio considera conteúdo desse mínimo na Alemanha.

fundamentais (lado real ou fático) e para além desse aspecto eles também detêm uma dimensão ideal.

A razão para isso é que os direitos fundamentais são intencionalmente gravados em uma Constituição com o intuito de transformar os *direitos humanos* em *direito positivo*. Destarte, a intenção é positivar os direitos humanos (ALEXY; SILVA, 2015, p. 168).

Há também o *caráter moral* dos direitos humanos, no qual o conceito de *dignidade humana* está intimamente ligado ao de direitos humanos, pois aquela implica esses. Essa é a razão pela qual a dignidade humana pode desempenhar o papel de uma “*ideia-chave substantiva*”. A questão é se o atendimento à dignidade humana demanda direitos fundamentais sociais (ALEXY; SILVA, 2015, p. 168-169).

Antes, porém, cumpre destacar que o conceito de dignidade humana conecta elementos descritivos ou empíricos com elementos avaliativos ou normativos.

Os elementos descritivos ou empíricos podem ser explicitados pelos sentidos do conceito de pessoa. Desse modo, retoma-se a concepção *duplo-triádica* de pessoa, tese trazida à baila por Alexy¹⁰ (ALEXY; SILVA, 2015, p. 169). Alguém que preencha as condições de: (i) possuir inteligência; (ii) possuir sentimento; e (iii) possuir a reflexividade em suas três formas (cognitiva, volitiva e normativa) é uma pessoa (ALEXY; SILVA, 2015, p. 170-171).

Cabe salientar que, em relação ao supracitado conceito de pessoa, defende-se que tais condições não necessariamente deverão estar presentes de forma plena. É dizer, uma pessoa ainda será considerada pessoa caso não possua plenamente, por exemplo, a reflexividade. O que ocorrerá, na verdade, é que ela será uma pessoa com algum tipo de deficiência, o que em nada desabona a sua própria condição de pessoa.

Já o aspecto normativo da dignidade humana representa-se pela conexão entre o conceito de pessoa e o conceito de dignidade humana, que pode ser expressa da seguinte forma: *toda pessoa possui dignidade humana*. Tal afirmação é verdadeira, porém, não torna explícita a dimensão normativa da dignidade humana. Isso pode ser feito por meio da ligação do conceito de dignidade humana com o conceito de valor (intrínseco do ser humano) ou relacionando o conceito de dignidade humana com os conceitos de direitos e deveres. No

¹⁰ A principal tese de Alexy (2015, p. 25) acerca do conceito de pessoa é que tal conceito possui uma estrutura “*duplo-triádica*”. Para ser considerada pessoa, é necessário atender a três condições, por dois turnos seguidos. A tríade possui como condições: (i) *inteligência*; (ii) *sentimento*; e, (iii) *consciência*. A terceira condição da primeira tríade – a *autoconsciência* – constitui condição vital inafastável, sendo definida pela *reflexividade*. Para definir *reflexividade*, é necessário distinguir suas três modalidades: (i) *cognitiva*, (ii) *volitiva* e (iii) *normativa*. Assim, o terceiro elemento desse conceito de pessoa é a autoconsciência, que se divide em três outros elementos. Daí o motivo de se designar como *duplo-triádico* o conceito de pessoa.

Direito, a última alternativa é a preferível (ALEXY, 2015, p. 26-27). Ressalta-se, assim, que a *conexão* é a própria ponte e que o aspecto normativo são os *direitos humanos*.

Isso demonstra uma característica formal muito importante do conceito de dignidade humana: ela é um “*conceito-ponte*”. É dizer, é um conceito de conexão, que liga um conceito empírico ou descritivo a um conceito normativo ou avaliativo (ALEXY, 2015, p. 27)¹¹.

Já Luís Roberto Barroso (2010, p. 38-39) considera que são conteúdos mínimos da dignidade (i) o valor intrínseco da pessoa humana; (ii) a autonomia da vontade; e (iii) o valor comunitário.

Assim, (i) o valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, é traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas e não meios¹². Por sua vez, (ii) a autonomia da vontade é o elemento ético da dignidade humana e é associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo e ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. Tal autonomia abarca as dimensões pública (sobre a qual se apoiam os direitos políticos) e privada (subjacente aos direitos e liberdades individuais). A condição de exercício elementar, indispensável, *sine qua non*, das autonomias pública e privada é o *mínimo existencial*. Finalmente, (iii) o valor comunitário é o elemento social da dignidade humana e identifica a relação entre o indivíduo e o grupo. Liga-se a valores compartilhados pela comunidade do mesmo modo que às responsabilidades e deveres de cada um. A dignidade como valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais¹³.

Esse entendimento de Barroso é importante para a compreensão do conceito de *dignidade humana*. À noção da necessidade de *positivação* dos direitos fundamentais (*dimensão real* ou *fática*) soma-se a *dimensão ideal* relacionada essencialmente à *dignidade humana*.

¹¹ Resumidamente, o lado normativo da dignidade humana conecta o conceito de pessoa ao conceito de dignidade humana, em uma relação que pode ser expressa dos seguintes modos: (i) todas as pessoas possuem dignidade humana: aplica a dignidade humana como *conceito-ponte* que conecta o conceito da pessoa ao conceito de Direito. Isto, por sua vez, funciona da seguinte forma: (i) a dignidade humana confere a todos os seres humanos o direito de serem levados a sério como pessoas: essa regra conecta os três conceitos (de pessoa, de dignidade humana e do direito de ser levado a sério); e (ii) todos os seres humanos têm o direito a serem levados a sério como pessoas (ALEXY, 2015, p. 27).

¹² A ética de Immanuel Kant desenvolve-se na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Nela, Kant traz a noção de imperativo categórico, que pode ser enunciado da seguinte forma: *age de tal modo que a máxima da tua vontade possa se transformar em uma lei universal*. Além disso, Kant considera que, na realidade (“reino dos fins”), tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando tem um preço, uma coisa pode ser substituída por outra equivalente. Porém, quando uma coisa está acima do preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela possui dignidade. Daí é possível enunciar, de modo também relacionado ao imperativo categórico, que *toda pessoa existe como um fim em si mesmo*, ou seja, nenhuma pessoa pode ser um meio para o uso arbitrário alheio.

¹³ Ressalta-se que a imposição de valores comunitários deverá considerar (i) a existência ou não de um direito fundamental em jogo; (ii) a existência de consenso social forte em relação à questão; e, ainda, (iii) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros (BARROSO, 2010, p. 39).

Nessa esteira, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 555), há direitos fundamentais consagrados na Constituição que apenas pelo fato de se beneficiarem da positividade constitucional merecem a classificação de fundamentais, mas o seu conteúdo não pode ser considerado como materialmente fundamental. Outros direitos, por sua vez, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais em relação à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente fundamentais).

Esse é o caso dos direitos fundamentais sociais, que guardam a *fundamentalidade material*, ao protegerem a dignidade humana como exigência precípua de um Estado Democrático de Direito, e também a *fundamentalidade formal* ao estarem positivados em Constituições nacionais. Isto é, os direitos fundamentais sociais objetivam precisamente garantir a dignidade humana para todos os indivíduos por meio de prestações positivas fáticas. Desse modo, resta sanada a dúvida acerca necessidade de direitos fundamentais sociais para o atendimento à dignidade humana.

Sublinha-se também que uma norma de direito fundamental será assim considerada e observada caso esteja protegida de forma vinculante. Sendo assim, faz-se necessário demonstrar também a presença dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico dos países alvos de estudo.

Desde 1934, as Constituições brasileiras passaram a incorporar os direitos sociais. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, em seu título II (Da Declaração de Direitos), fazia referência apenas a direitos políticos (capítulo I) e individuais (capítulo II). Em seu título IV, ela se referia à *ordem econômica e social*. Nesse último restavam pulverizados os direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) é a primeira Constituição brasileira que integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais. Isso significa que foi a CF/1988 que primeiramente denotou que os direitos sociais são direitos fundamentais, possuindo, assim, aplicação imediata¹⁴ (PIOVESAN, 2008, p. 162-163).

Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 718) afirma que nossa CF/1988 muito avançou, pois inseriu os direitos sociais no Título II que trata dos direitos fundamentais. De acordo com o autor (CUNHA, 2009, p. 718), isso não deixou mais margem para qualquer dúvida

¹⁴ No título II da Constituição, denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, há o capítulo II, que trata dos direitos sociais. Desse modo, considerando a localização desse capítulo naquele título, fica ainda mais claro que os direitos sociais são fundamentais. Por conseguinte, o § 1º do artigo 5º, que assevera que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” também é cabível aos direitos sociais.

relacionada à fundamentalidade desses direitos. Destaca-se que os direitos fundamentais sociais estão previstos, precipuamente, no artigo 6º da CF/1988¹⁵.

Desse modo, Flávia Piovesan (2008, p. 164) considera que, após a ordem constitucional de 1988, a política deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. A CF/1988, almejando proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas, a cláusula “direitos e garantias individuais”.

Sarlet (2012, p. 281) também constata que os direitos sociais são inequivocamente dotados de fundamentalidade e imediatamente aplicáveis nos termos do artigo 5º, § 1º, da CF/1988. Logo, “sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis”. Ou seja, lhes é empregada a regra geral no sentido de que não há norma constitucional destituída de eficácia e de aplicabilidade.

Consequentemente, considerando a universalidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, a proteção à dignidade humana e os demais princípios fundamentais da CF/1988, Piovesan (2008, p. 164) conclui que essa cláusula (“direitos e garantias individuais”) alcança os direitos fundamentais sociais. Eles são direitos *intangíveis*, *irredutíveis*, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que os afetarem, abolirem ou suprimirem terão o vício de inconstitucionalidade.

Por seu turno, através da reforma de 1994, a Argentina integrou, à sua *Constitución Nacional* (CN/1994), *direitos fundamentais sociais* (ETCHICHURY, 2013, p. 25). Por exemplo, o artigo 14 *bis* da CN/1994 traz a noção de direito fundamental social relacionado ao trabalho e à seguridade social. Já o artigo 75, inciso 22, trata de tratados internacionais de direitos humanos como detentores de hierarquia constitucional. Nessa esteira, sublinha-se que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) é o diploma mais importante em matéria de direitos fundamentais sociais naquele país.

Defende-se que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir, do Poder Público, prestações positivas. Os direitos fundamentais sociais são justiciáveis, ou seja, as prestações positivas que os compõem são todas exigíveis e passarão pelo processo de ponderação¹⁶, assim como os outros direitos fundamentais em geral.

¹⁵ **Artigo 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

¹⁶ A ponderação será tratada mais detalhadamente no capítulo 2.

Esclarece-se que a exigibilidade ocorrerá de forma diversa no que tange ao mínimo existencial. A diferença é que a exigibilidade da prestação correspondente ao conteúdo daquele é a de um direito definitivo, o que significa que não haverá *ponderação*, mas *subsunção*¹⁷ (TOLEDO, Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017).

Assim sendo, de acordo com Sarlet (2012, p. 62), os direitos fundamentais sociais constituem uma exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e da igualdade de oportunidades, inerentes à Democracia e a um Estado de Direito.

Logo, caso seja considerado, principalmente: (i) a conexão entre positivação e fundamentalidade, situação que ocorre tanto na Constituição brasileira quanto na argentina; (ii) a dupla natureza dos direitos fundamentais e (iii) a conexão da fundamentalidade com a dignidade humana, torna-se possível compreendermos que os direitos sociais são dotados de fundamentalidade no Brasil e na Argentina.

1.3 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O reconhecimento dos direitos sociais como dotados de *fundamentalidade* é pressuposto para sua *justiciabilidade*.

Conforme Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 234), justiciabilidade é a possibilidade de buscar a concretização de direitos através do Poder Judiciário. Ou seja, é a possibilidade do uso de mecanismos jurídicos de modo a conferir efetividade a direitos subjetivos, como os direitos fundamentais sociais.

Ainda, segundo Víctor Abramovich e Christian Courtis (2012, p. 10), a justiciabilidade é compreendida como a possibilidade de reclamar, perante um juiz ou um tribunal de justiça, o cumprimento ao menos de algumas das obrigações derivadas do direito. Portanto, “não se defende ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim, a responsabilidade de compelir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias” (MENEZES, 2015, p. 234).

Mesmo diante da postura muitas vezes inercial do Poder Público na implementação e promoção de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais sociais, há críticas em torno da justiciabilidade dos direitos mencionados. Alexy (2012, p. 461) destaca que frequentemente afirma-se que a justiciabilidade dos direitos de defesa impõe menos problemas do que a justiciabilidade dos direitos a prestação positiva. Uma razão básica para

¹⁷ Ambas serão abordadas com mais clareza no capítulo 2.

isso decorre de uma simples, mas fundamental, diferença teórico-estrutural. Para seus destinatários, direitos de defesa são, entre outros, proibição de destruir ou afetar negativamente algo. Por sua vez, os direitos a prestação são, para seus destinatários, entre outros, obrigação de proteger ou fomentar algo.

Contudo, todos os direitos fundamentais, inclusive os de defesa, têm custo. Isto é, tanto direitos a prestação positiva quanto negativa demandam gastos. Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999) defendem que todos os direitos são, na verdade, positivos.

A distinção entre direitos positivos e negativos (ou entre “subsídios” e liberdades, como é frequentemente compreendida) é plausível inicialmente, uma vez que parece captar o familiar contraste entre Estado grande ou pequeno (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 39). Isto é, “direitos negativos tipicamente protegem a liberdade; direitos positivos tipicamente promovem igualdade” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 39). Os primeiros abrigariam a população do governo, enquanto os últimos requereriam intervenção ativa daquele. Nesse contexto, os direitos de bem-estar significariam a infantilização da população, ao passo que as liberdades representariam o exercício da autonomia (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 40).

Todavia, consoante os autores (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 43), a máxima jurídica clássica “aonde há um direito, há um remédio” revela que “todos os direitos juridicamente vinculantes são necessariamente direitos positivos”. Os direitos são custosos, já que os remédios o são; a vinculação é custosa, e a todo direito corresponde um dever. Isto é, o direito somente pode ser permissivo enquanto puder ser obrigatório. Não por acaso, “todos os direitos são custosos porque todos os direitos pressupõem o financiamento do contribuinte” que permitem monitoramento e imposição do direito (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 44).

Todos os direitos fundamentais significam o custo para “recrutar, treinar, prover, pagar e monitorar a [sua] custódia judicial” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 45). Ter um direito é ser um potencial litigante, que demanda o sistema coercivo e corretivo da autoridade pública. Além do Poder Judiciário, diversas agências e órgãos defendem distintos direitos (direitos consumeiristas, ambientais, de propriedade intelectual etc.), e custam anualmente aos cofres públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 45-47).

É uma falácia argumentar que tão somente os direitos fundamentais sociais – ou direitos a prestação positiva fática – demandam custos. Todos os demais direitos fundamentais, como bem abordam Holmes e Sunstein, necessitam de fatias do orçamento público para que sejam garantidos. Os direitos fundamentais individuais e políticos também exigem investimento. Essa não é uma característica tão somente dos direitos fundamentais sociais.

Destacado esse ponto acerca da ausência de plausibilidade no que tange à argumentação sobre a dificuldade de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais em razão de seu suposto exacerbado custo – pois todos os demais direitos fundamentais demandam custos – cumpre retornar para a justiciabilidade propriamente dita.

A mencionada justiciabilidade ocorre no contexto do *Neoconstitucionalismo* e do *Pós-Positivismo*, no qual a Constituição é norma jurídica central no sistema, vinculando a todos dentro do Estado, especialmente os Poderes Públicos.

Segundo Ana Paula de Barcellos (2005, p. 09-10), o *Neoconstitucionalismo* realiza-se sobre três premissas metodológico-formais fundamentais: (i) normatividade; (ii) superioridade; e (iii) centralidade da Constituição. Em relação às suas características materiais, incorpora explicitamente *valores e opções políticas* nos textos constitucionais relacionados à *dignidade humana* e aos *direitos fundamentais*. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que deve ser especificamente prestigiado.

Já o *Pós-Positivismo* emergiu sem romper bruscamente com o Positivismo Jurídico, voltado à legalidade estrita. Portanto, a visão daquele vai além dessa legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto. Nesse aspecto, segundo Barroso (2005, p. 06), “o Pós-Positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.

No paradigma do Pós-Positivismo, incluem-se, nas palavras de Barroso (2005, p. 06), a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a utilização da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e, ainda, o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o alicerce da dignidade humana.

Nos últimos anos, a CF/1988 conquistou genuinamente *força normativa e efetividade*. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, uma mera convocação à atuação dos poderes Legislativo e Executivo, e passaram a gozar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. E “nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os *direitos sociais* em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica” (BARROSO, 2013, p. 160).

Em relação à Argentina, Etchichury (2013, p. 27-29) defende que o respeito aos direitos fundamentais sociais não depende da boa vontade do governo ou de pessoas privadas, nem representa uma concessão ou uma dádiva. Esses direitos não se subordinam à agenda

política conjectural, nem se colocam livres à discricionariedade deste ou daquele bloco partidário ou das resoluções da burocracia. Tal recurso à proteção judicial em caso de violação do bem que se pretende tutelar constitui um elemento central na definição da noção de “direito”: a existência de algum poder jurídico de reclamação de seu titular no caso de descumprimento da obrigação devida.

O que caracterizará a existência de um direito fundamental social como um direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado, mas também a possibilidade de reclamação diante do descumprimento. O titular deve estar em condições de demandar sentença que imponha o cumprimento da obrigação gerada por seu direito. A despeito de sua complexa estrutura, não existe um direito social que não permita sua exigibilidade judicial em caso de violação (ABRAMOVICH; COURTIS, 2012, p. 10-17).

Porém, há críticas em relação ao real acesso à justiça por aqueles que já são considerados grupos marginalizados na sociedade. É dizer, questiona-se se os Tribunais são uma voz institucional alternativa para os pobres que usualmente já se encontram marginalizados dentro do processo político.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas (2011, texto *online*) apontam que a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais, pelo menos no caso estudado¹⁸ pelos autores, não se provou como uma forma de democratização no acesso a certos serviços públicos. Pelo contrário, os benefícios de tal justiciabilidade são na maior parte das vezes desfrutados por aqueles que já têm seus interesses considerados no processo político e que simplesmente utilizam o Poder Judiciário como um foro adicional para proteger melhor esses interesses.

Destaca-se que Silva e Terrazas (2011, texto *online*) não argumentam que os Tribunais tratam diferentemente pobres e ricos. Mas afirmam que, como o acesso aos Tribunais pressupõe recursos financeiros e acesso à informação, o Judiciário ainda estaria longe de ser uma voz institucional para os pobres.

¹⁸ O objetivo do artigo de Silva e Terrazas (2011, texto *online*) foi testar empiricamente a crença de que as reclamações perante os Tribunais são uma voz institucional alternativa para os pobres que já estão usualmente marginalizados dentro do processo político. De acordo com essa convicção, a atividade judicial seria uma forma de implementar direitos fundamentais sociais, uma vez que ricos e pobres têm igual acesso aos Tribunais. A fim de testar essa crença, os autores (SILVA; TERRAZAS, 2011, texto *online*) decidiram realizar três tipos de pesquisa empírica conectadas umas às outras respectivamente: (i) uma análise de todas as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) envolvendo demandas que requeriam medicamento para o tratamento de hepatite entre 1998 e 2006; (ii) um estudo do impacto de tais decisões na alocação de recursos públicos dentro do orçamento governamental no estado de São Paulo; e (iii) uma pesquisa sobre os beneficiários de tais decisões, de modo a conhecer seus perfis. O artigo em tela mostra o resultado dessa última pesquisa empírica. Por conseguinte, na medida em que eles puderam avaliar, Silva e Terrazas (2011, texto *online*) concluíram que a crença supracitada provou-se falsa.

As críticas acerca do real acesso à justiça e a tese de que a judicialização acarreta a exclusão dos já excluídos são válidas no contexto brasileiro. Todavia, elas não eliminam a necessidade de cumprimento de políticas públicas para todas as pessoas, reforçando a importância dos poderes Legislativo e Executivo em uma democracia. E, para que isso ocorra faticamente, a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Poder Judiciário é essencial, uma vez que assim confere-se efetividade a direitos subjetivos então desconsiderados pelo Poder Público.

Respeitosamente, defende-se na presente dissertação que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais não exclui a necessidade de consecução de políticas públicas e vice-versa. Ambas – justiciabilidade e consecução de políticas públicas – devem caminhar conjuntamente no contexto de um Estado Democrático de Direito, uma vez que nele elas se complementam.

Isso em por que um Estado Democrático de Direito garante um rol de direitos fundamentais sociais que poderão ser exercidos por meio de políticas públicas. Ou seja, há necessidade de criação e execução de tais políticas para o exercício de direitos fundamentais sociais por parte dos poderes Legislativo e Executivo. Mas também é primordial a possibilidade de tornar justiciáveis esses direitos justamente para que as supramencionadas políticas públicas sejam efetivadas em caso de descumprimento e os direitos fundamentais sociais sejam exercidos na conjuntura do citado Estado, razão pela qual não se pode dissipar a importância da justiciabilidade.

Por conseguinte, conclui-se que os direitos fundamentais sociais no Brasil e na Argentina são *exigíveis*. Essa exigibilidade significa que existem mecanismos jurídicos para reclamar – ante uma violação atual ou iminente dos direitos fundamentais sociais – que o Estado garanta seu cumprimento efetivo. Esses direitos em ambos os países são iguais em valor e hierarquia aos demais direitos fundamentais e são oponíveis contra o Poder Público e contra os particulares. Eles têm a qualidade de garantidos e, mais especificamente, de justiciáveis. Salienta-se que essa qualidade é decorrente do conceito de direito subjetivo e, sendo os direitos fundamentais direitos subjetivos, tal “garantia” é consequência necessária.

2 MÍNIMO EXISTENCIAL

2.1. CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

A primeira contribuição para o desenvolvimento da noção de mínimo existencial ocorreu em 1954 através da decisão “*BVerwGE 1, 159*” do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha. O auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente foi reconhecido na citada decisão como direito subjetivo fundado na dignidade humana. Desde então, a definição de mínimo existencial consolida-se tanto na Alemanha, país que originou tal concepção, quanto em outros Estados Democráticos de Direito (TOLEDO, 2016, p. 822).

Isso porque (i) se o Estado é *democrático*, é formado pela vontade dos membros da sociedade, que, através de representantes, normatizam seus valores e interesses tomando-os direitos – deles, os mais relevantes são os *direitos fundamentais*; (ii) se o Estado é *de Direito*, funda-se em ordem jurídica hierarquizada, na qual a Constituição ocupa o ponto ápice – as normas constitucionais de maior peso axiológico são aquelas que declaram *direitos fundamentais*; (iii) a relação entre esses direitos e o mínimo existencial é direta, conceitual: *mínimo existencial* é o conjunto dos *direitos fundamentais sociais mínimos* para a garantia de patamar elementar de *dignidade humana*. (TOLEDO, 2016, p. 822)

Nesse sentido, vale salientar que o mínimo existencial apenas é possível no contexto de uma democracia que preze a dignidade humana e os direitos fundamentais, ou seja, no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Isso porque os elementos centrais que estruturam o conceito de mínimo existencial são justamente os direitos fundamentais sociais mínimos e a dignidade humana. Entre os direitos fundamentais sociais, poucos são os que compõem o mínimo existencial e, por isso, são denominados de direitos sociais mínimos. E, ainda, “apenas o núcleo essencial desses direitos forma o conteúdo do mínimo existencial” (TOLEDO, 2016, p. 822).

Portanto, mesmo os direitos fundamentais sociais estão sujeitos à ponderação em determinado caso concreto. A problemática relacionada a quais direitos fundamentais sociais o indivíduo possui definitivamente é uma questão de *ponderação de princípios*. O indivíduo terá um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tiver um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, avaliados em conjunto. E “esse é o caso dos *direitos mínimos*” (ALEXY, 2012, p. 517).

O único direito fundamental definitivo é o direito ao *mínimo existencial*. Goza, assim, de *exigibilidade imediata*. Todos os demais direitos fundamentais são *prima facie*, o que denota que são alvos de ponderação (TOLEDO, 2016, p. 830-831). Isso significa que o

mínimo existencial não exclui propriamente a ponderação, mas a pressupõe. Ele é decorrente da ponderação e, uma vez identificado, guarda certa estabilidade temporal, o que o transforma no *único direito fundamental definitivo*. E, sendo definitivo, já é, em seu cerne, exigível, justiciável.

Sublinha-se que todos os demais direitos fundamentais são *prima facie*. Cabe salientar ainda que, de acordo com William David Ross (1930, texto *online*), o caráter *prima facie* é atrelado à condicionalidade de determinado dever. É dizer, ele deve ser cumprido exceto se, no caso concreto, entrar em conflito com outro dever de igual ou maior importância.

Não por acaso, conforme Alexy (2012, p. 516), a estrutura argumentativa ocasionada pelos direitos *prima facie* é racional, pois levar a cabo a fundamentação jurídica como um jogo de razões e contrarrazões é uma tarefa motivada pela razão.

O cumprimento de certo direito fundamental ocorrerá a menos que, em determinado caso concreto, ele entre em conflito com outro direito fundamental de igual ou maior importância. E por isso se afirma que os direitos fundamentais – exceto o direito ao mínimo existencial, que é definitivo – são *prima facie*.

Caso se relacione a importância e a necessidade da concretização dos direitos fundamentais sociais mínimos para uma existência digna em nível elementar e diante da necessidade daqueles para a igualdade material e a consequente liberdade fática, é possível compreender que deve haver um grau mínimo de satisfação, que é justamente o mínimo existencial.

O conceito de mínimo existencial conecta-se diretamente à ideia de dignidade humana. E, conforme Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 184), para se assegurar o direito ao mínimo existencial não é necessária a expressa previsão constitucional para o seu reconhecimento, visto que ele decorre da proteção à vida e à dignidade humana.

No Brasil, a dignidade humana é um fundamento da República Federativa, prevista no inciso III do artigo 1º da CF/1988¹⁹. Além disso, não se poderia deixar de destacar que a garantia a uma *existência digna* inclui-se no rol de objetivos da ordem constitucional econômica, de acordo com o *caput*²⁰ do artigo 170 da CF/1988. No mencionado *caput*, a dignidade desempenha o papel de *finalidade* da *ordem econômica*, que deve observar os

¹⁹ **Artigo 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*:

III - a *dignidade da pessoa humana*; (grifos nossos)

²⁰ **Artigo 170.** A *ordem econômica*, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) (...) (grifos nossos)

princípios dispostos nos incisos I a IX. Consoante Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), literalmente, a dignidade humana não é ali um princípio, mas é a finalidade buscada mediante a implementação daqueles princípios. Por conseguinte, falta tecnicidade nessa previsão constitucional, pois não é possível se falar em “princípio da redução das desigualdades sociais”, “princípio do pleno emprego” etc. De todo modo, tal previsão constitucional considera ser a existência digna um dos fins da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e conforme os ditames da justiça social.

Já na Argentina, a dignidade humana pode ser vista no artigo 14 *bis* da CN/1994 e remete à obrigação do Estado quanto ao estabelecimento de leis que assegurem ao trabalhador condições dignas e equitativas de trabalho e que tratem, entre outros, do acesso a uma moradia digna²¹. A esse respeito, Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017) afirma que a dignidade naquele país lá é então usada como adjetivo qualificador. Não existe nem mesmo, pelo menos neste artigo citado, a referência à dignidade enquanto substantivo, o que enfraquece o instituto e torna seu enquadramento jurídico ainda mais difícil.

Sublinha-se, ainda, que não há qualquer alusão relacionada à garantia de uma existência digna, ao mínimo existencial ou mesmo ao mínimo vital. Porém, não haver referência expressa ao mínimo existencial/vital é a regra em relação a esse direito, pois ele se funda na chamada norma constitucional adscrita/associada/atribuída²².

2.2 CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos cujos núcleos essenciais devem ser judicialmente garantidos, uma vez que ele se apresenta como necessário para se alcançar grau elementar de dignidade humana.

Em suma, o indivíduo deve possuir (i) igualdade de oportunidades para ter (ii) igualdade material e conseqüentemente (iii) liberdade fática. E isso tudo poderá ser possível por meio dos (iv) direitos fundamentais sociais, especialmente o (v) mínimo existencial, que garante o indispensável (mínimo) para o (vi) grau elementar de dignidade humana.

Na Alemanha entende-se que o mínimo existencial abarca o *núcleo essencial* dos direitos à saúde, à educação e à moradia. Eles são, respectivamente, os direitos à moradia

²¹ **Artículo 14 bis.**- *El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; (...)*

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna.

²² A noção de norma constitucional adscrita/associada/atribuída será melhor trabalhada no capítulo 4.

simples; à educação fundamental, média e profissionalizante, e a um nível mínimo de assistência médica.

Aquele país²³, contudo, possui condições econômicas e sociais²⁴ distintas dos países latino-americanos alvos desse estudo. Almeja-se, na presente dissertação, compreender, inclusive, o conteúdo do mínimo existencial em dois países que têm uma realidade muito distinta da Alemanha e que se autoproclamam democráticos²⁵: Brasil²⁶ e Argentina²⁷.

2.2.1 Mínimo existencial no Brasil

Em nossa atual conjuntura nacional, o mínimo existencial brasileiro é composto pelo *núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação*, respectivamente o direito a um nível básico de assistência médica e o direito à garantia de educação no nível infantil e ensino fundamental. Não se considera que o direito à moradia esteja incluído no conteúdo do mínimo existencial, tal como ocorre na Alemanha, em razão das nossas possibilidades orçamentárias e das condições socioeconômicas atuais (TOLEDO, 2016, p. 832).

²³ A Alemanha é a terceira maior economia de exportação no mundo. Em 2014, aquele país exportou US\$ 1,41 trilhões e importou US\$ 1,13 trilhões, resultando em um saldo comercial positivo de US\$ 271 bilhões. Em 2014, o PIB da Alemanha foi de US\$ 3,87 trilhões e seu PIB per capita foi de US\$ 46,4 milhares. *The Observatory of Economic Complexity*. Disponível em: <<http://atlas.media.mit.edu/pt/profile/country/deu/>>. Acesso em: 03 out. 2016.

²⁴ No Índice do Desenvolvimento Humano (IDH) de 2015, divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) da Organização das Nações Unidas (ONU), a Alemanha ficou em sexto lugar, a Argentina em 40º lugar e o Brasil em 75º lugar. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

²⁵ Na Constitución Nacional (1994) argentina, lê-se, por exemplo: “**Art. 1º.-** *La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*”; “**Art. 36.-** *Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos*”. Já na Constituição Federal (1988) brasileira lê-se, em seu preâmbulo, que: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

²⁶ O Brasil é a 23º maior economia de exportação no mundo. Em 2014, nosso país exportou US\$ 228 bilhões e importou US\$ 228 bilhões, resultando em um saldo comercial positivo de US\$ 124 bilhões. Em 2014, o PIB do Brasil foi de US\$ 2,42 trilhões e seu PIB per capita foi de US\$ 15,9 milhares. *The Observatory of Economic Complexity*. Disponível em: <<http://atlas.media.mit.edu/pt/profile/country/bra/>>. Acesso em: 03 out. 2016.

²⁷ A Argentina é a 47º maior economia de exportação no mundo. Em 2014, aquele país exportou US\$ 69 bilhões e importou US\$ 64 bilhões, resultando em um saldo comercial positivo de US\$ 5 bilhões. Em 2014, o PIB da Argentina foi de US\$ 537 bilhões e seu PIB per capita foi de US\$ 12,5 milhares. *The Observatory of Economic Complexity*. Disponível em: <<http://atlas.media.mit.edu/pt/profile/country/arg/>>. Acesso em: 03 out. 2016.

Todavia, salienta-se que a ineficaz gestão de recursos públicos²⁸ não pode se tornar uma justificativa para o descumprimento dos direitos fundamentais sociais compreendidos pelo mínimo existencial. Não se deve utilizar essa ineficaz gestão como argumento para a aceitação do desrespeito aos patamares mínimos de uma existência digna. Se assim ocorresse, a própria noção de mínimo existencial perderia seu objeto e sua razão de ser, que é garantir a dignidade humana, mesmo de modo elementar, por meio de uma dimensão biológica englobada pelo direito à saúde, e outra sociocultural, abrangida pelo direito à educação.

2.2.2 Mínimo existencial na Argentina

A reforma constitucional, que ocorreu na Argentina em 1994, ampliou o catálogo de direitos fundamentais sociais. O reforço aos direitos sociais resultou do amálgama entre a incorporação de tratados internacionais e a adoção de garantias judiciais expressas (ETCHICHURY, 2013, p. 84).

Consequentemente, segundo o artigo 75, inciso 22, da CN/1994, os tratados de direitos humanos devem ser lidos em conjunto com o restante dos direitos contemplados na *Constitución Nacional* e nos tratados da mesma categoria.

Em relação àquele país, há grande influência do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²⁹. Seu artigo 11.1³⁰ faz menção “a um nível de vida suficiente” para todas as pessoas e “a um melhoramento constante de suas condições de existência”. Essa ideia aproxima-se da noção de mínimo existencial, ainda que não trate literalmente do mesmo. Outros tratados de igual hierarquia contêm cláusulas que podem ser consideradas como direitos fundamentais sociais³¹.

²⁸ Para José Maurício Conti (2016, p. 170), “é evidente que dinheiro também falta, e não é pouco. Por mais que se melhore a gestão, há muitos setores em que os recursos são escassos, e ainda que bem geridos, são insuficientes para atender a demanda para a qual foram criados”. Porém, segundo o autor (2016, p. 170), o aspecto mais urgente e relevante na Administração Pública é aprimorar a qualidade do gasto público em todos os seus aspectos, tornando-o mais eficiente, com melhor relação custo-benefício e permitindo que os recursos públicos sejam bem aproveitados.

²⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução n. 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Sua entrada em vigor na ordem internacional ocorreu em 03 de janeiro de 1976, em conformidade com o seu artigo 27. A Argentina ratificou aquele tratado internacional em 06 de maio de 1986. Já o Brasil ratificou o PIDESC em 24 de janeiro de 1992.

³⁰ **Artigo 11. 1.** Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas *a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes*, bem como a um melhoramento constante das suas *condições de existência*. Os *Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito* reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (grifos nossos)

³¹ Assim, por exemplo, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher incorpora o “direito à proteção da saúde [...] nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de

Segundo Etchichury (2013, p. 166), a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN) argentina admitiu o recurso a interpretações dos organismos internacionais. Em alguns casos, são sentenças emitidas por um tribunal internacional, como ocorre com a Corte Interamericana e suas decisões baseadas na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

No PIDESC, que seguramente constitui o tratado internacional mais importante em matéria de direitos fundamentais sociais, não há um tribunal de aplicação (ETCHICHURY, 2013, p. 166-167). Entretanto, há materiais relevantes para a interpretação gerados no âmbito internacional. Sua produção está a cargo do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) do PIDESC³², reconhecido pela CSJN como “intérprete autorizado” do Pacto, cujas elaborações incluem-se nas “condições de vigência” aludidas na CN/1994³³.

O mencionado Comitê propôs a noção de “núcleo mínimo” (*minimum core*) ou “nível essencial”³⁴ de gozo de um direito. Segundo Etchichury (2013, p. 174), a CSJN parece, à

reprodução” (artigo 11.1.f). A Convenção dos Direitos da Criança estabelece o direito de toda pessoa menor de 18 anos “estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou entorpecer sua educação [...]” (artigo 32). A Declaração Universal dos Direitos Humanos garante, em seu artigo 25, o direito a um nível de vida adequado, incluindo alimentação, moradia, assistência médica e serviços sociais (ETCHICHURY, 2013, p. 82).

³² O CDESC é órgão das Nações Unidas criado em 1985, com a finalidade de avaliar o cumprimento do PIDESC pelos países signatários. Constituído por 18 expertos em matéria de direitos humanos, tem por função precípua analisar os relatórios remetidos pelos Estados e emitir orientações, observações gerais e observações finais. As observações gerais cumprem o papel de uma “jurisprudência” do órgão, ainda que nenhuma das ações do CDESC tenha efeito vinculante para os Estados Membros (BRASIL, s.d., texto *online*). Segundo Paulo Marrecas Ferreira (2010, texto *online*), o CDESC, instituído em 1985 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, almeja controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições do PIDESC. Ele procura desenvolver um diálogo construtivo com os Estados Membros e determinar se as normas contidas no Pacto estão sendo corretamente aplicadas e, ainda, como aplicação delas poderá ser melhorada. Nesse sentido, conforme o artigo 16.1 do PIDESC, os Estados Partes comprometem-se a apresentar relatórios sobre as medidas que tiverem adotado e sobre os progressos realizados com vista a assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Pacto. O Comitê reúne-se em sessão normal em Genebra duas vezes por ano, realizando sessões com duração de duas a três semanas.

³³ O CDESC traz três classes de obrigações derivadas dos direitos sociais: respeitar, proteger e cumprir. A obrigação de *respeitar* significa que o Estado não deve infringir diretamente um direito. O dever de *proteger* lhe exige impedir que terceiros o façam. Finalmente, *satisfazer* coloca ao Estado a obrigação de garantir e promover o exercício efetivo do direito. Trata-se de obrigações simultâneas, não sucessivas (ETCHICHURY, 2013, p. 172). As obrigações de *respeitar* e *proteger* não se limitam a condutas negativas, mas incluem proteções especiais a grupos vulneráveis, em particular durante períodos de *ajuste econômico*. Também o Comitê requereu assegurar o igual acesso à saúde, incluindo os serviços prestados por terceiros. O respeito e a proteção exigem prover recursos efetivos, judiciais e de outro tipo, idôneos para proteger os direitos sociais. Não bastam os previstos para outros direitos. A obrigação de *cumprir* implica deveres positivos de prover bens ou o dinheiro necessário para adquiri-los. Portanto, as três obrigações descritas resultam coerentes com o esquema constitucional. O dever de *respeitar* coincide inclusive com as posturas mais tradicionais (enquanto se exige ao Estado não interferir no exercício de um direito). A obrigação de *proteger* contra atos de terceiros implica aceitar o *efeito horizontal dos direitos*, ratificado no artigo 43 da CN/1994. A responsabilidade do Poder Público quanto à prestação positiva tem sido reconhecida pela Corte Suprema argentina, ao menos no direito à saúde (ETCHICHURY, 2013, p. 172-174).

³⁴ Na presente dissertação utiliza-se a expressão *núcleo essencial*, por ser ela a adotada no Brasil, e, em virtude da cientificidade, será mantida a uniformidade terminológica.

primeira vista, ter adotado esse conceito como critério para avaliar o cumprimento dos direitos sociais³⁵.

Porém, na verdade, a CSJN defende a *razoabilidad* ao afirmar que uma característica dos direitos fundamentais que consagram obrigações de fazer a cargo do Estado é que eles estão sujeitos ao controle de razoabilidade por parte do Poder Judiciário (ARGENTINA, 2012, p. 17).

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. (ARGENTINA, 2012, p. 18) (grifos nossos)

Etchichury (2013, p. 177-178) argumenta que o conceito de “núcleo mínimo” (núcleo essencial) não pode ser considerado como base central da interpretação constitucional na Argentina. A CN/1994 não adota este sistema ao incorporar quaisquer direitos (individuais, políticos e sociais). Assim, falta um ancoradouro que justifique o enfoque centrado em um “núcleo mínimo” (núcleo essencial).

Deve-se orientar a interpretação até a maior extensão possível, em uma realização progressiva segundo os recursos disponíveis, uma vez que remete a garantias mínimas indispensáveis para que uma pessoa seja considerada como tal em situações de extrema vulnerabilidade. Desse modo, o limiar da violação de direitos não se encontra em um mínimo, mas na falta de cumprimento destas últimas pautas.

O autor propõe, então, considerar outros critérios como pautas principais: o *princípio da razoabilidad* e o *princípio da progressividade*. Adotar estas pautas, conforme Etchichury (2013, p. 178), pode tornar desnecessário o uso intensivo da noção de “núcleo mínimo” (núcleo essencial).

A CN/1994 trata da igualdade de oportunidades como essencial para a igualdade material. Por conseguinte, abarca indiretamente a liberdade fática, que é a essência do mínimo existencial³⁶. Cabe ao Congresso adotar medidas de ação positiva para garantir a igualdade

³⁵ No Caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, que data de 24 de abril de 2012, a Suprema Corte declarou que: “*hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos*” (ARGENTINA, 2012, p. 18).

³⁶ **Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso:*

19. *Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, (...). Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. (...)*
Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de

real de oportunidades e de tratamento, e o pleno exercício dos direitos reconhecidos pela CN/1994 e tratados com igual hierarquia (ETCHICHURY, 2013, p. 81-82).

Não há na Argentina uma ideia de mínimo existencial instaurada na CSJN, mas isso já ocorreu em outra instância³⁷, que não será alvo de estudo nessa dissertação. Assim, acompanha-se o raciocínio de Etchichury no sentido de não haver respaldo para a caracterização científica do mínimo existencial naquele país.

De todo modo, diante da importância da CN/1994 e do tratado internacional PIDESC, com sua influência no ordenamento argentino, considera-se que na Argentina há uma noção da necessidade de proteção de direitos fundamentais sociais ainda que em patamares mínimos, o que se manifesta por meio das noções de razoabilidade e progressividade. Portanto, visa-se também à proteção à dignidade humana e à pessoa, denotando que a essência do mínimo existencial encontra-se presente.

Logo, diante de uma ideia de respeito e garantia aos direitos fundamentais sociais de forma a restar configurada a proteção à dignidade humana, serão estudados comparativamente os direitos à saúde e à educação naquele país. Essa escolha metodológica torna-se justificada e mais clara diante do entendimento de que o mínimo existencial abarca, além de uma dimensão biológica englobada pelo direito à saúde, uma dimensão sociocultural compreendida pelo direito à educação. Isso é em razão de se considerar a importância desses direitos para a igualdade de oportunidades e para as consequentes igualdade material e liberdade fática.

oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. (...)

³⁷ Recentemente, em 13 de setembro de 2016, a Câmara de Apelações no Tribunal Administrativo de La Plata, província de Buenos Aires, ditou sentença de mérito nos autos “*Asesoría de Incapaces N° 1 – La Plata c/ Fisco de la Provincia y otros s/ Amparo*” (Expte. N° 17279)”. Através dessa decisão, confirmou-se a sentença ditada pelo Tribunal Administrativo n. 1 de La Plata em 28 de abril de 2016. Destacam-se diversos tópicos relacionados ao papel do Poder Judiciário na resolução de conflitos coletivos que envolvem o desenvolvimento e a omissão de políticas públicas vinculadas a grupos vulneráveis na sociedade. *In verbis*: “*Cuando se alude a políticas públicas en realidad se debería hablar de reglamentaciones y distribución de medios para la satisfacción de derechos. Justamente, que ello sea así, es lo que habilita al juez a intervenir, a evaluar la conducta desplegada por las demandadas en torno a la realización del núcleo duro existencial y, por supuesto, a adoptar decisiones que procuren respetar el marco competencial*” (2016, p. 38). É interessante salientar que o julgado trata da necessidade de realização do “núcleo duro existencial” que, quando não respeitado, habilita o juiz a intervir e a avaliar a conduta efetuada pelas demandadas: “*De ese modo, en materia de DESC, política pública no quiere decir discrecionalidad absoluta de los poderes naturalmente políticos e imposibilidad del juez de controlar las mismas, sino adopción de medidas que desde un enfoque de derechos y en forma progresiva, permitan mayores grados de satisfacción de los derechos humanos de todas las personas, partiendo de la base de ciertos estándares de mínima inexcusables que tengan en consideración los sujetos y bienes especialmente protegidos. Ello demuestra que no se trata de un giro lingüístico sino normativo*” (2016, p. 38). Todavia, há uma referência não ao mínimo existencial, mas ao conceito de núcleo essencial, apesar de o mencionado Tribunal Administrativo utilizar tanto os termos “núcleo” quanto “existencial”. Por conseguinte, pode-se perceber uma aleatoriedade na escolha de terminologia adotada, uma vez nela que são confundidas as noções de núcleo essencial e de mínimo existencial.

2.3 MÍNIMO EXISTENCIAL EM MOMENTOS DE CRISE ECONÔMICA

Para Fernando Facury Scaff (2005, p. 88), não é por acaso que, paradoxalmente, é possível verificar que quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior será a necessidade de garantir os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer sua autonomia, de modo que lhes seja assegurado o direito de exercer suas liberdades jurídicas.

Nota-se, nesse sentido, que o conceito de *mínimo existencial* possui menor amplitude naqueles países que estão na periferia do capitalismo. Embora a necessidade dos direitos fundamentais sociais seja maior nos países periféricos, a realidade socioeconômica fragilizada desses não permite maior amplitude do conteúdo do mínimo existencial. Para vislumbrar esse fato, basta notar que o mínimo existencial na Alemanha é mais amplo do que o brasileiro, pois inclui o direito à moradia simples.

Cabe destacar, nessa esteira, que se o mínimo existencial é composto pelo núcleo essencial de alguns direitos fundamentais sociais, *ele não poderá ser reduzido, mesmo em momentos de crise*. Nesse período, leciona Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), o orçamento público para a garantia do *mínimo existencial* fica intocado. Caso contrário, não se trata de *mínimo existencial*. O que pode acontecer, na verdade, é a diminuição do orçamento para outros direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais), mas *não* para o mínimo.

Ocorre que, no Brasil, nosso Poder Legislativo atuou em sentido oposto. A Emenda Constitucional (EC) n. 95/2016 – denominada PEC n. 241, quando em tramitação na Câmara dos Deputados, e PEC n. 55, quando em tramitação no Senado Federal – é nomeada como “Novo Regime Fiscal” e apelada como “EC do Teto dos Gastos”. Ela exige o congelamento dos gastos primários³⁸ – que se referem à saúde, à educação, à segurança, ao saneamento etc. – do orçamento da União por “vinte exercícios financeiros”, ou seja, por vinte anos.

Apenas esse marco temporal – vinte anos – já é suficiente para gerar críticas, uma vez que atingirá cinco governos e cinco legislaturas. Não por acaso, de acordo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) com Pedido de Medida Cautelar n. 5658³⁹, ajuizada no

³⁸ Os gastos primários referem-se a tudo o que o governo gasta, exceto despesas financeiras e dívida pública.

³⁹ São apontados como inconstitucionais, na citada ADI n. 5658, os novos artigos 108 (em relação a esse artigo, a inconstitucionalidade restringe-se à expressão “a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal”) e 110 do ADCT. Ainda, requer-se a interpretação conforme a CF/1988 dos artigos 107 e 113 do ADCT. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

Supremo Tribunal Federal em 14 de fevereiro de 2017, a questão central levantada pela EC n. 95/2016 sob a ótica constitucional é saber se a limitação que impõe aos governantes a serem eleitos futuramente é compatível com as cláusulas pétreas, notadamente com aquela disponível no artigo 60, § 4º, II, da CF/1988 (o voto direto, secreto, universal e periódico) e que garante a própria democracia. Segundo a mencionada ADI:

Em outros termos: é legítimo que os atuais deputados e senadores imponham às próximas cinco legislaturas o ônus de aprovar novas emendas à Constituição para alterar o método de correção do crescimento dos gastos públicos? Pode uma maioria conjuntural estabelecer limites tão contundentes às decisões populares que ocorram no futuro? Essas questões demandam que o Novo Regime Fiscal seja apreciado sob o prisma de sua compatibilidade com o princípio democrático, instituído nos artigos 1º e 60, 4º, II, da Constituição Federal. (BRASIL, 2017, p. 21)

Desse modo, não se mostra legítimo que uma maioria conjectural – os deputados e senadores atualmente exercendo mandato – utilize-se da CF/1988 a fim de impedir que outros programas possam ser escolhidos pelos eleitores em futuras eleições periódicas. Isto é, ao constitucionalizar uma versão radical do princípio da austeridade, a EC n. 95/2016 impossibilita que o governo se guie pelo princípio da responsabilidade fiscal, que aduz a necessidade de correlação entre a arrecadação e as despesas. Por conseguinte, as eleições realizadas de quatro em quatro anos tornam-se vazias de significado caso os eleitos não possam governar de acordo com as ideias que expuserem à apreciação dos eleitores em seus programas (BRASIL, 2017, p. 21).

Assim, mesmo que ocorra maior produção por parte da população e conseqüente maior pagamento de impostos, existirá o impedimento da decisão acerca de como deve ser gasto o dinheiro que pertence ao povo. De fato, o cidadão tem o “dever constitucional” de pagar tributos. Todavia, tem em contrapartida o direito de também poder participar das decisões relacionadas aos gastos que serão feitos com os recursos arrecadados (BRASIL, 2017, p. 23-24).

No entanto, tais gastos apenas serão corrigidos pela inflação, ano a ano, ainda que o Produto Interno Bruto (PIB) do país cresça no período. Isso significa uma modificação na base de cálculo da aplicação mínima de recursos para a saúde e a educação, pois ela não considerará a arrecadação de impostos, mas a correção pelo reajuste de inflação⁴⁰, o que já

⁴⁰ **Artigo 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde *recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)*

denota uma inconstitucionalidade (TOLEDO; Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2016).

Para 2017, a saúde terá 15% da Receita Corrente Líquida, que é o somatório arrecadado pelo governo, deduzido das transferências obrigatórias previstas na Constituição. Já a educação ficará com 18% da arrecadação de impostos. A partir de 2018, as duas áreas passarão a seguir o critério da inflação, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (SENADO, 2016, texto *online*).

De acordo com Pedro Rossi e Esther Dweck (2016, p. 02):

No Brasil, o mínimo para os gastos públicos com educação, estabelecido pelo Artigo 212 da Constituição Federal, é de 18% da Receita Líquida de Impostos (RLI). Já o mínimo para a saúde foi modificado recentemente por meio da Emenda Constitucional 86, que estabelece um percentual da Recente Corrente Líquida (RCL) de forma escalonada, 13,2% da RCL em 2016, 13,7% em 2017, 14,2% em 2018, 14,7% em 2019 e 15% a partir de 2020.

Por seu turno, a EC n. 95/2016 prevê que, em 2017, o gasto com saúde será 15% da RCL e o gasto com educação será 18% da RLI. A partir de então, ambos terão como piso o gasto em 2017 reajustado pela inflação. Isto é, o gasto federal real mínimo com saúde e educação será congelado no nível de 2017 (ROSSI; DWECK, 2016, p. 02).

Isso ocasionará efeitos danosos, pois ao longo do tempo os valores mínimos destinados à saúde e à educação cairão proporcionalmente às receitas e ao PIB. Segundo Rossi e Dweck (2016, p. 02), com a EC n. 5/2016 no caso da saúde o mínimo seria de 12% da RCL em 2026 e 9,4% em 2036, e o mínimo para educação seria de 14,4% da RLI em 2026 e 11,3% em 2036. Os dados são alarmantes e denotam um “piso deslizante”.

Contudo, apesar desse “piso deslizante”, há a possibilidade de aumentos nos gastos para saúde e educação acima do mínimo, a partir da redução de outros gastos. Consoante Rossi e Dweck (2016, p. 02), “essa possibilidade, no entanto, é limitada pela redução dos gastos totais e pelo crescimento de alguns outros gastos. Ou seja, ao estabelecer um teto que reduz o gasto público em proporção ao PIB, há uma compressão dos gastos sociais”.

A inconstitucionalidade da EC n. 95/2016 é clara. Isso ocorre em razão atingir diretamente o *núcleo essencial* dos direitos à saúde e à educação, uma vez que haverá o

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

Artigo 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (grifos nossos)

congelamento dos gastos voltados àqueles. Conforme supramencionado, o mínimo existencial, cujo conteúdo é o núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação, não pode ser simplesmente reduzido.

Vislumbra-se, pois, uma diminuição institucionalizada da importância da concretização dos *direitos fundamentais sociais mínimos* para uma *existência digna em nível elementar* dos indivíduos. Ainda, percebe-se que não há uma compreensão política majoritária relacionada a um *investimento* em direitos fundamentais sociais, que são enxergados meramente como um *gasto*.

Portanto, a própria noção do mínimo existencial como um *direito definitivo* e, conseqüentemente, como sujeito à *subsunção*, restará prejudicada. A ausência de orçamento público dificultará, e muito, o exercício do direito ao mínimo existencial.

Ressalta-se, ainda, que o argumento da reserva do possível poderá ser facilmente aplicável no momento da resposta do ente público quando demandando em uma ação relacionada àquele direito, transformando erroneamente o mínimo existencial em um direito sujeito à ponderação.

Cabe observar ainda os princípios da proibição do retrocesso (social) e da proibição da proteção insuficiente.

De acordo com Canotilho (1993, p. 468-469), o princípio da proibição do retrocesso social (ou do não retrocesso social) significa que os direitos fundamentais sociais, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, de forma simultânea, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Assim, mesmo em momentos de crises e recessões econômicas, o princípio em análise retira do legislador a sua livre disposição na diminuição de direitos adquiridos.

Caso assim não o fosse, restaria configurada também uma violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos na esfera social. Essa proibição do retrocesso, continua Canotilho (1993, p. 469), justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da denominada justiça social.

Ainda sobre a vedação do retrocesso, José Vicente Santos de Mendonça (s.d., texto *online*) considera que se trata de um retrocesso relativo ao nível de eficácia jurídica da norma constitucional. Ou seja, relaciona-se a direitos. Além disso, o autor (MENDONÇA, s.d., texto *online*) também aduz que sempre que se verificar violação à vedação ao retrocesso, possivelmente *antes* já houve violação a outros princípios constitucionais imediatos.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF/1988) e cujo um dos seus objetivos

é a construção de uma “sociedade livre, justa e igualitária” (artigo 3º, inciso I, CF/1988), existe uma ordem de prioridade nos gastos públicos que deve ser observada. Isto é, há uma *obrigatoriedade* de destinação de verba pública para determinados fins. Não por acaso estão previstos constitucionalmente os percentuais relativos a determinados direitos fundamentais sociais, conforme supracitado.

Por fim, sublinha-se que não há margem de discricionariedade para a elaboração do orçamento público, existindo a necessidade de observância de imposições constitucionais (previstas, e.g., nos artigos 198 e 212, CF/1988).

No entanto, em relação aos direitos à saúde e à educação, o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê, de modo distinto, que:

Artigo 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

Diante do exposto, não é possível compreender como dotada de constitucionalidade uma EC que prevê o congelamento de gastos primários no que tange aos direitos à saúde e à educação ao mesmo tempo em que retira de tal base de cálculo (o IPCA), por exemplo, os créditos extraordinários a que se refere o § 3º do artigo 167 da CF/1988⁴¹; as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes⁴².

Nota-se na EC em estudo, desse modo, uma inversão na ordem de prioridade dos gastos públicos. Não ficam esclarecidos os motivos pelos quais aos créditos suplementares; as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e as despesas com

⁴¹ **Artigo 167.** São vedados:

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

⁴² **Artigo 107.** Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

§ 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo:

I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do *caput* do art. 21, todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do *caput* do art. 60, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal;

III - despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e

IV - despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

aumento de capital de empresas estatais não dependentes⁴³ não estão incluídas nesse “teto dos gastos públicos”.

A despeito da estranheza causada pelas demais exclusões supramencionadas e em um questionamento mais precisamente relacionado ao tema da presente dissertação, qual seria a razão de se limitar o gasto com os direitos fundamentais sociais e não fazer o mesmo com os direitos fundamentais políticos (artigo 107, § 6º, inciso II, ADCT)?

Caso se limite o exercício de um tipo de direito fundamental – os direitos fundamentais sociais – logicamente será possível compreender que individuais e políticos podem ser igualmente limitados no que tange ao gasto público. Porém, não é o que ocorre.

Na verdade, a EC n. 95/2016 é uma escolha meramente política e sem justificativas constitucionais e jurídicas que atinge diretamente os direitos fundamentais sociais que fazem parte do mínimo existencial: a saúde e a educação.

É dizer, o investimento em tais direitos, tão importantes para o avanço social de um país, restará diminuído, independentemente da verificação de crescimento do Brasil conhecido por meio do PIB. A violação aos direitos fundamentais sociais – precisamente os relacionados ao mínimo existencial – encontra-se institucionalizada em nosso país.

2.4 NÚCLEO ESSENCIAL: TEORIAS ABSOLUTA E RELATIVA

O *núcleo essencial* é conceituado como aquela parcela do direito fundamental que não pode ser “violada”, que é “intocável”, “intangível”. Trata-se do “limite dos limites” a algum direito fundamental. Conforme Sarlet e Figueiredo (2007, p. 185), esse núcleo essencial não é o mesmo em cada direito social, não dispensando, assim, a necessária contextualização para a sua descoberta.

Para a plena apreensão do conceito de *mínimo existencial* é imprescindível definir o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais sociais que dele fazem parte, uma vez que o *conteúdo* do mínimo existencial é justamente o *núcleo essencial* dos direitos sociais que o integram. E para tal definição há duas teorias: (i) *absoluta* e (ii) *relativa*.

⁴³ São empresas criadas para administrar a dívida ativa de estados e municípios. É o caso da Companhia Paulista de Securitização. Essas empresas emitem títulos que permitem ao ente federado receber algum recurso mediante prestação de garantias. Os investidores compram os papéis e recebem juros por eles. Já o governo federal não tem este tipo de empresa. As estatais não dependentes são empresas como Petrobras, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal. Os aumentos de capital, neste caso, estariam ligados aos lucros gerados pelas empresas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/517567-PARTE-DAS-DESPESAS-PRIMARIAS-ESTA-FORA-DA-PEC-DO-TETO-DOS-GASTOS-PUBLICOS.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Conforme a primeira (i), o núcleo essencial é demarcado *a priori* e sobre ele não caberá qualquer juízo de ponderação. Cada direito fundamental é detentor de um núcleo intangível que não pode ser alvo de intervenção em nenhuma hipótese. Nesse sentido, Luiz Fernando Calil Freitas (2007, p. 198) aduz que a caracterização do núcleo essencial será feita a partir da consideração de que há uma esfera permanente de direito fundamental que compõe o seu núcleo essencial, independentemente das circunstâncias de determinado caso concreto. Em consonância a Freitas, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 90-91) entende que, para a teoria absoluta, há um núcleo que em nenhum caso poderá ser objeto de intervenção nem se sujeitará à ponderação.

Para a segunda teoria (ii), o referido núcleo será identificado a partir da ponderação dos princípios em colisão em um dado caso concreto (ALEXY, 2012, p. 296). Apenas é possível conhecer o conteúdo (definitivo) – que pode ser expandido ou restringido – do direito fundamental por meio da análise dos direitos envolvidos na situação empírica.

Segundo a teoria relativa, o conteúdo [núcleo] essencial é aquilo que resta após o sopesamento [ponderação]. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo [núcleo] essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo [núcleo] essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. (ALEXY, 2012, p. 296-297)

Logo, a teoria relativa do núcleo essencial pressupõe o caráter de princípio das normas de direito fundamental: o núcleo essencial de um direito fundamental é “maleável”, “elástico”, variando de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Mas cabe ressaltar que, de acordo com Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), uma vez definido, o núcleo essencial é intocável.

Adota-se, nesse estudo, a *teoria relativa* em relação ao *núcleo essencial do direito à saúde*, uma vez que as hipóteses nas quais a vida humana estará em risco iminente (“demandas de saúde de primeira necessidade”) variarão consoante o caso concreto.

Em relação ao *direito à educação*, também se adota a *teoria relativa*, pois, a despeito da previsão constitucional relacionada à educação básica obrigatória e gratuita, há variações fáticas – essencialmente no que tange ao direito à educação infantil e ao ensino médio – que serão demonstradas no capítulo 3 dessa dissertação.

Isso significa que a demarcação de seu núcleo essencial não ocorre *a priori*, o que denota a impossibilidade de aplicação da teoria absoluta. Na verdade, percebe-se,

principalmente quanto ao direito à educação, a ausência de seriedade da construção da norma constitucional como norma vinculante, quando consideradas as condições empíricas.

2.4.1 Ponderação e subsunção dos direitos fundamentais sociais

A *Teoria dos Princípios* está gravada na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1985), de Alexy e nela o jusfilósofo alemão refina a teoria de Ronald Dworkin⁴⁴ acerca da divisão das normas jurídicas em regras e princípios. Conforme Alexy (2012, p. 85), essa distinção é o alicerce da teoria no contexto dos direitos fundamentais e, ainda, uma chave para a resolução de problemas centrais da dogmática desses mesmos direitos.

Tanto regras quanto princípios são *normas*, porque ambos dizem o que *deve ser*. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. *Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser*, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma *distinção entre duas espécies de normas*. (ALEXY, 2012, p. 87) (grifos nossos)

Sendo assim, “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2012, p. 91).

Nesse aspecto, preceitua Alexy (2012, p. 90-91) que o ponto decisivo na diferenciação entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de determinado caso concreto. Portanto, princípios são mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em variados graus e também pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, possuindo uma lógica binária (sim ou não) para sua satisfação. Se uma regra é válida, deverá ser feito exatamente o que ela exige, por subsunção, pois se trata de um mandamento definitivo. Assim, as regras contêm determinações na esfera daquilo que é fática e juridicamente possível.

Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

⁴⁴ A mencionada teoria de Dworkin está na obra *Taking Rights Seriously*, de 1978.

É possível solucionar um conflito entre regras através da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, a fim de que se elimine o conflito, ou através da declaração de invalidade de uma delas que será, portanto, retirada do ordenamento jurídico⁴⁵ (ALEXY, 2012, p. 92-93).

A solução de antinomias entre regras é feita por meio do recurso aos critérios clássicos cronológico, de especialidade e hierárquico, ressaltando-se que esse último é o mais forte dos três, no caso de conflito entre critérios, e o primeiro é o mais fraco. A decisão permanece acerca da validade (TOLEDO, 2003, p. 63-64). Ressalta-se que o conceito de validade jurídica não é graduável. É dizer, ou uma regra jurídica é válida ou não é.

Já a colisão entre princípios será solucionada de modo distinto. Alexy (2012, p. 91) prescreve que caso dois princípios colidam, um deles terá que ceder. Mas é importante salientar que isso não denota nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência (ALEXY, 2012, p. 93-94).

Para solucionar uma colisão entre princípios, que são mandamentos de otimização, faz-se necessário recorrer à ponderação. A solução para uma colisão entre princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com fundamento nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 96). De acordo com Toledo (2003, p. 65), deve-se recorrer à máxima da proporcionalidade, que se desenvolve em três graus e é composta por três máximas parciais (ou submáximas): (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito).

A máxima da (i) adequação relaciona-se ao meio utilizado no caso concreto para o conseguimento de um fim, averiguando se ele é apropriado ao fim almejado. A arguição não é relacionada ao grau de eficiência do meio escolhido para a realização de um fim e sim à aptidão daquele meio para a obtenção do fim visado.

Por sua vez, a máxima da (ii) necessidade refere-se à exigibilidade da escolha do melhor meio para o alcance de um fim. Neste momento, questiona-se qual é o meio mais

⁴⁵ Um exemplo é a regra que proíbe a saída da sala de aula antes do toque do sinal e o dever de sair da sala no caso de soar um alarme de incêndio. Caso o sinal para saída da sala de aula ainda não tenha sido soado, mas o alarme de incêndio sim, essas regras levam a juízos concretos de dever-ser contrários entre si. Isso será resolvido por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso de um alarme de incêndio (ALEXY, 2012, p. 92-93).

benigno ou para a realização dos princípios ou para a situação jurídica de ambas as partes (TOLEDO, 2003, p. 67).

Deve-se passar pela primeira máxima parcial, a (i) adequação, para, a seguir, passar para a segunda máxima parcial, a (ii) necessidade. A condição de adequação mostra-se imperativa para a obtenção de um fim, mas pode não ser suficiente para a solução de um conflito entre princípios. As máximas parciais (i) e (ii) estão relacionadas às possibilidades fáticas do caso em análise, isto é, às suas condições empíricas.

A terceira máxima parcial da (iii) ponderação relaciona-se às possibilidades jurídicas, já que se referem ao peso dos valores em conflito. Trata-se da harmonização dos princípios em si. Já são conhecidos, quando se atinge o estágio da análise dessa terceira máxima da proporcionalidade (iii), os meios idôneos ou não, benéficos ou prejudiciais a cada princípio em debate (TOLEDO, 2003, p. 68).

Por conseguinte, as possibilidades, tanto fáticas quanto jurídicas, dizem respeito ao caso concreto. Os princípios compõem justamente as possibilidades jurídicas daquele caso concreto. As duas primeiras máximas parciais (i) e (ii) referem-se às possibilidades fáticas do caso em análise, enquanto a terceira máxima parcial (iii) analisa quais princípios colidem, solucionando, mediante o procedimento de ponderação, sua colisão.

Quando se chega a essa terceira máxima parcial já se sabe que as duas primeiras – (i) adequação e (ii) necessidade – não foram suficientes para resolver a colisão principiológica. Portanto, deve-se ingressar no *conteúdo* de cada princípio – e não mais ao *meio eleito* – de modo a estabelecer a precedência de um sobre o outro. Relacionando-se ao conteúdo de cada princípio, a análise não se refere mais às possibilidades *fáticas* e sim às *jurídicas* do caso concreto.

Deve-se, nesse momento, recorrer à lei da ponderação de Alexy, que preceitua que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. Pondera-se o grau (ou intensidade) da não satisfação ou afetação de um princípio em contraste ao grau de importância da satisfação do outro princípio em colisão.

A feição principiológica das normas de direitos fundamentais acarreta a máxima da proporcionalidade, pois a resolução do conflito entre aquelas normas apenas podem ser feita por meio do recurso às três máximas parciais (i), (ii) e (iii), já que esses conflitos não são antinomias entre as regras presentes no ordenamento jurídico e solucionáveis por meio dos critérios clássicos supracitados (TOLEDO, 2003, p. 69-70).

Finalmente, sublinha-se que o mínimo existencial é regra, pois se aplica por subsunção, constitui direito definitivo e não se sujeita à ponderação. Logo, ele não pode ser ponderado e vale definitivamente uma vez que constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que dele fazem parte, sendo aquele irreduzível por definição (TORRES, 2009, p. 84).

3 NÚCLEO ESSENCIAL: UMA ANÁLISE ENTRE BRASIL E ARGENTINA

3.1 DIREITO À SAÚDE: CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1946, define a saúde, em seu preâmbulo, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e [que] não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” e também que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano”. Além disso, o mencionado preâmbulo aduz que “os governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

A visão da OMS conseguiu integrar a ideia de proteção, de promoção e de recuperação da saúde em um contexto geral, reconhecendo-se o seu duplo caráter individual e social, com uma configuração da saúde como bem público global. Segundo Edith Maria Barbosa Ramos (2014, p. 27-28), o direito à saúde implica atender à existência de uma correlação entre a saúde das pessoas e o desenvolvimento socioeconômico do Estado.

Salienta-se, ainda, que de acordo com a *Observación General* (OG) n. 14⁴⁶, que faz parte das observações aprovadas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do PIDESC, o direito à saúde não deve ser compreendido meramente como o direito a estar são. É também um sistema de proteção da saúde que brinde as pessoas com oportunidades iguais para desfrutar o mais alto nível possível de saúde.

O item n. 09 dessa OG trata do conteúdo normativo do artigo 12 do PIDESC que, por seu turno, aduz que os Estados Partes no Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. Assim, a referência feita ao “*mais alto nível possível de saúde física e mental*” não se limita ao direito à atenção da saúde.

Reconhece-se que o direito à saúde abarca uma ampla gama de fatores socioeconômicos que promovem as condições à mercê das quais as pessoas podem levar uma vida sã e faz esse direito extensivo aos fatores determinantes básicos da saúde, como a

⁴⁶ **Observación General n. 14**

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)

8. *El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.*

alimentação e a nutrição, o acesso à água limpa potável e às condições sanitárias adequadas etc.

Conforme o citado item n. 09 da OG n. 14, o conceito de “*mais alto nível de saúde*” considera tanto as condições biológicas e socioeconômicas essenciais da pessoa como os recursos com os quais conta o Estado. Porém, um Estado não pode garantir a boa saúde e nem pode proteger contra todas as causas possíveis da má saúde do ser humano. Sendo assim, o direito à saúde deve ser entendido como um direito ao desfrute de toda uma gama de facilidades, condições, bens e serviços necessários para se alcançar o mais alto nível possível de saúde.

Já no item n. 10, a OG n. 03 confirma que os Estados Partes têm a obrigação mínima de assegurar “*la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos*”. Afirma-se que, no tocante à saúde⁴⁷, que um Estado Parte no qual um número importante de indivíduos está privado de alimentos essenciais e de atenção primária de saúde, não estará, *prima facie*, cumprindo suas obrigações ocasionadas em virtude do Pacto.

O Comitê considera, ainda, no item n. 43 da OG n. 14, que entre tais obrigações básicas mínimas figuram, por exemplo: (i) garantir o direito ao acesso aos centros, bens e serviços de saúde sobre uma base não discriminatória, em especial aos grupos vulneráveis ou marginalizados; (ii) garantir o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutritiva, adequada e segura e garantida que ninguém padeça de fome; (iii) facilitar medicamentos essenciais, segundo as definições periódicas que figurar no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS; e, ainda, (iv) cuidar por uma distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde.

3.1.1 Direito à saúde no Brasil

A CF/1988 assegura, em seus artigos 196 a 200, a universalidade do direito à saúde, instituindo um Sistema Único de Saúde (SUS) que tem por finalidade garantir ao indivíduo o acesso efetivo à assistência médica por meio de políticas públicas elaboradas pelas entidades estatais.

⁴⁷ No que tange ao direito à saúde, tem-se também a noção de disponibilidade (item n. 12, a, OG n. 14). Segundo ela, cada Estado Parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atenção da saúde, assim como de programas, cuja natureza precisa dependerá de diversos fatores, em particular o nível de desenvolvimento do Estado parte. Porém, esses serviços incluirão os fatores determinantes básicos da saúde, como água limpa potável e condições sanitárias adequadas, hospitais, clínicas e demais estabelecimentos relacionados à saúde, pessoal médico e profissional capacitado e bem remunerado, considerando-se as condições existentes no país, assim como medicamentos essenciais definidos no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS.

Especificamente em seu artigo 196, a CF/1988 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Extraí-se da CF/1988 que necessariamente o direito à proteção, promoção⁴⁸ e recuperação da saúde abrange tanto a dimensão preventiva quanto a dimensão curativa da saúde (artigo 196, CF/1988), conforme Sarlet e Figueiredo (2007, p. 200), em razão da expressão constitucional “promoção, proteção e recuperação”.

O artigo 198 da CF/1988 determina que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”. De acordo com Luciana Gaspar Melquíades Duarte (2011, p. 141), esse dispositivo constitucional alberga o mandamento para que os entes federativos colaborem entre si a fim da consecução de resultados relacionados ao sistema de saúde. Ainda, tais entes deverão preconizar, segundo as orientações constitucionais, a descentralização dos serviços, a integralidade do atendimento – priorizando atividades preventivas e sem prejuízo dos serviços assistenciais – e a participação da comunidade.

À luz desse sistema que foi instituído pela CF/1988, a responsabilidade pela prestação dos serviços relacionados à saúde pública é imputada a todos os entes federativos, não podendo ocorrer a escusa da oferta de determinado bem ou serviço por qualquer um deles sob o argumento da ausência de competência. Todas as tarefas públicas de saúde são atribuídas às distintas esferas de governo, em um regime de *solidariedade* (DUARTE, 2011, p. 141-142).

Além disso, o constituinte de 1988 autorizou a participação de instituições privadas, de modo a complementar o SUS, consoante as diretrizes desse último. Prioriza-se as parcerias públicas com as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e veda-se a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, exceto nos casos previstos em lei (DUARTE, 2011, p. 145).

Portanto, há no Brasil (i) a saúde pública e (ii) a saúde custeada por particulares por meio dos planos de saúde.

⁴⁸ Nesse sentido, ressalta-se que o objetivo geral da Política Nacional de Promoção da Saúde (BRASIL, 2010, p. 17) é “promover a qualidade de vida e reduzir vulnerabilidade e riscos à saúde relacionados aos seus determinantes e condicionantes – modos de viver, condições de trabalho, habitação, ambiente, educação, lazer, cultura, acesso a bens e serviços essenciais”. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_promocao_saude_3ed.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

Cabe salientar, ainda, a existência de três níveis de atenção à saúde relacionadas ao SUS. Trata-se de um modelo baseado na hierarquização das ações e serviços de saúde por níveis de complexidade. Assim, de acordo com a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) (BRASIL, s.d., texto *online*), "a proposta é que casos de menor urgência possam ser resolvidos em instâncias que não cheguem a centros especializados de alta complexidade, melhorando a eficiência e a eficácia de todo o sistema”.

No primeiro nível estão as Unidades Básicas ou Postos de Saúde, nas quais são agendadas consultas e realizados exames e procedimentos de menos complexidade, preventivos (como vacinação) e curativos.

Já no segundo nível, compreendido como de média complexidade, estão as Clínicas, Unidades de Pronto Atendimento (UPA) e Hospitais Escolas, que realizam alguns procedimentos de intervenção e tratamentos de casos crônicos de agudos de enfermidades.

Por fim, o terceiro nível, considerado de alta complexidade, estão os Hospitais de Grande Porte, onde são realizadas manobras consideradas mais invasivas e de maior risco à vida, consoante a FIOCRUZ (BRASIL, s.d., texto *online*).

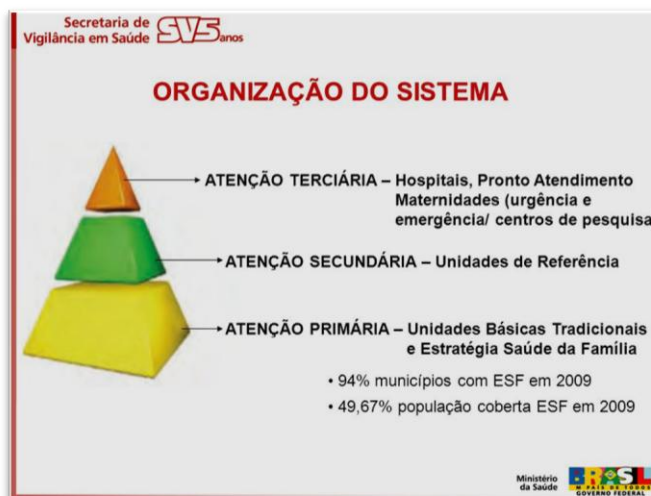


Figura 01: Organização do sistema de saúde no Brasil

O direito à saúde é constitucionalmente protegido e deve ser garantido pelo Poder Judiciário, sendo justiciável (BARROSO, 2013, p. 167). A eficácia jurídica dos mandamentos constitucionais que tratam do direito à saúde conecta-se ao conjunto de prestações relativas à saúde exigíveis ao Poder Judiciário por força e em consequência da CF/1988. Isso acarreta uma obrigação aos poderes constituídos de colocar à disposição das pessoas tais prestações.

A mera afirmação, porém, de que o direito supramencionado é fundamental e justiciável não significa compreender seu sentido e alcance. O próprio texto constitucional não define exata e literalmente até que ponto a saúde há de ser tutelada negativa e positivamente.

Tal questão não é simples. Em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida e multiplicação das doenças, os debates envolvendo o direito a prestações positivas relativas à saúde formam um dos temas mais complexos na discussão sobre a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais (BARCELLOS, 2008, p. 133).

Muitas vezes, o Poder Judiciário encontra-se despreparado para o enfrentamento dessas questões em razão de se deparar mais comumente com pleitos particulares que não lhe permitem uma percepção clara das possibilidades administrativas. A Administração Pública, por seu turno, frequentemente angustia-se diante da elevada expectativa de provimento, por ela, dos direitos fundamentais e das limitações fática e jurídica que possui para a sua satisfação integral (DUARTE, 2013, p. 78-79). Trata-se de um sério problema no que tange à justiciabilidade do direito fundamental à saúde.

Segundo Sarlet e Figueiredo (2007, p. 203-205), a integralidade do atendimento à saúde⁴⁹, prevista no inciso II do artigo 198 da CF/1988, não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos. A decisão acerca da garantia do mínimo existencial no que tange ao direito à saúde muitas vezes exigirá exame mais apurado da pretensão formulada em juízo, já que nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, sendo necessária, inclusive, a apreciação dos limites orçamentários, a depender do caso concreto.

A fim de tentar solucionar o mencionado embate relacionado à justiciabilidade do direito fundamental à saúde, Duarte (2014, p. 80) propõe que o núcleo essencial desse direito sejam as *demandas de saúde de primeira necessidade*. Nessa esteira, é imperioso destacar que o núcleo essencial é uma esfera na qual o direito fundamental social, no caso o direito à saúde, galga a definitividade e independe de ponderação. Isto é, no âmbito de seu núcleo essencial, o direito fundamental social deixa de ser norma meramente *prima facie* e vincula a sua concreção ao Poder Público (DUARTE, 2011, p. 167).

⁴⁹ **Artigo 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Duarte (2011, p. 161) sustenta que “o núcleo essencial do direito à saúde é a preservação da vida”. Segundo a autora (DUARTE, 2011, p. 161), alguns fundamentos levam a essa ilação.

O primeiro é a noção de que “a vida é pressuposto para a fruição de todas as outras manifestações do direito à saúde”. Isso em razão de em nada aproveitar a proteção ou mesmo o crescimento do bem-estar, seja físico, mental ou social, do ser humano sem a presença da vida (DUARTE, 2011, p. 161-162).

O segundo fundamento aduz que o objeto do direito à vida consiste em sua manutenção, exceto se isso não for o desejo de seu titular. Ressalta-se que o ser humano é o titular desse direito e são destinatários os outros indivíduos, as instituições públicas, incluindo-se o Estado, e privadas (DUARTE, 2011, p. 166-167).

Assim, o núcleo essencial do direito à saúde consiste na proteção e preservação da vida, de forma que todos os bens e serviços necessários para tanto deverão ser disponibilizados pelo Estado, enquanto destinatário do dever decorrente do direito à vida. *Consistem, portanto, nas demandas de saúde de primeira necessidade, compreendendo todas as prestações que se podem esperar do Estado e que sejam imprescindíveis para a manutenção da vida.* (DUARTE, 2011, p. 167) (grifos nossos)

Segundo Duarte (2014, p. 91), nesse conceito “estarão abrangidas todas as prestações estatais, urgentes ou não, divisíveis ou indivisíveis, módicas ou vultosamente onerosas, preventivas ou terapêuticas, necessárias para a sobrevivência”. Ou seja, tais prestações serão marcadas por sua elevada essencialidade e, por conseguinte, pela imprescindibilidade⁵⁰.

As demais prestações estatais relacionadas à saúde, mas não conectadas à manutenção da vida humana, e por isso não detentoras de elevada essencialidade, são qualificadas como *demandas de saúde de segunda necessidade*. Essas concorrerem com os demais direitos fundamentais na disputa pelos recursos públicos (humanos e financeiros) necessários para a sua eficácia, uma vez que seriam excluídas do núcleo essencial do direito à saúde.

Essas *demandas de saúde de segunda necessidade* serão correlacionadas com a dignidade humana e, desse modo, dotadas de jusfundamentalidade. Todavia, elas distinguem-se das *demandas de saúde de primeira necessidade* por não possuírem implicação direta com

⁵⁰ Ilustram o conceito formulado por Duarte (2014, p. 91), a distribuição de remédios contra a hipertensão, cuja ausência de ministração pode resultar em um acidente vascular-cerebral fatal. Do mesmo modo, o combate a doenças endêmicas letais, as obras de saneamento básico, o serviço de coleta, acondicionamento e tratamento do lixo, os serviços de terapia intensiva, os transplantes de órgãos vitais etc. estão incluídos nas denominadas demandas de saúde de primeira necessidade.

a manutenção da vida, o que significa que poderão ter essencialidade variada (DUARTE, 2014, p. 91-92). O que mudará, portanto, será a essencialidade e a consequente imprescindibilidade da demanda.

Em consonância ao pensamento de Duarte, defende-se que o núcleo essencial do direito à saúde abarca justamente as designadas *demandas de saúde de primeira necessidade*.

Ainda, é frequente a repartição de poderes entre União, Estados e Municípios que, por meio da legislação infraconstitucional ou de acordos institucionais, assumem uma responsabilidade específica por certas espécies de prestação. Essa prática, todavia, não pode justificar a ausência de atendimento de uma *demanda de saúde de primeira* ou *de segunda necessidade* por alguma entidade federativa, por não ser essa a proposta constitucional consagrada no SUS (DUARTE, 2011, p. 142).

À luz do Direito posto, portanto, qualquer ente federativo pode ser demandado, em juízo, para a oferta das prestações estatais de saúde correspondentes a direitos subjetivos definitivos. É possível, contudo, que uma entidade da Administração Direta cobre, administrativa ou judicialmente, de outra por ter custeado, em virtude de ordem judicial, alguma prestação de saúde atribuída, por legislação infraconstitucional, a esta última. (DUARTE, 2011, p. 142)

De tal forma, todos os bens e serviços necessários para a satisfação de *demandas de saúde de primeira necessidade* deverão ser disponibilizados pelo Poder Público. Quando tais demandas são comparadas com os recursos financeiros, esses não poderão ser detentores de maior peso e, em consequência, um argumento como a *reserva do possível*⁵¹ não poderá ser utilizado, diferentemente do que ocorre em relação às *demandas de saúde de segunda necessidade*.

O impacto orçamentário de um medicamento ou de um procedimento terapêutico referente a uma *demanda de saúde de primeira necessidade* não sobreleva a vida humana⁵². Pode-se compreender que, se as *demandas de saúde de primeira necessidade* relacionam-se à manutenção da vida humana, essa destinação da receita vinculada deverá ser aplicada – *no mínimo* – de modo a ser possível a todos os indivíduos o exercício do direito à saúde em seu núcleo essencial.

⁵¹ Sublinha-se que o *argumento da reserva do possível* será melhor abordado no capítulo 4 dessa dissertação. Por ora, afirma-se que essa expressão técnica relaciona-se às possibilidades orçamentárias, estando conectada precipuamente à escassez de recursos públicos para dar eficácia a determinado direito fundamental social.

⁵² Segundo Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), é importante destacar que uma das razões desse impacto orçamentário não sobrelevar a vida humana é a ordem prioritária da destinação desse orçamento, havendo as receitas vinculadas destinadas à saúde (artigo 198) e também à educação (artigo 212) e aquelas discricionárias.

Por sua vez, nas chamadas *demandas de saúde de segunda necessidade*, deve-se observar os recursos orçamentários para que elas possam ser satisfeitas após serem ponderadas no caso concreto. Isso torna admissível a utilização de um argumento como a reserva do possível pelos entes federados nas demandas em que figuram no polo passivo cujos objetos são prestações positivas fáticas

Cumprir frisar que diante de *demandas de saúde de segunda necessidade* ocorrerá a ponderação, de acordo com a proposta de Alexy. Consoante Duarte (2014, p. 98-100), essas demandas, que não são imprescindíveis para a preservação da vida humana, deverão ser ponderadas com os demais direitos fundamentais no processo de alocação das limitadas verbas públicas, de modo que eventual intervenção do Poder Judiciário apenas será legítima quando constatado erro evidente do Poder Público no estabelecimento de prioridades.

3.1.2 Direito à saúde na Argentina

O artigo 42 da CN/1994⁵³ argentina dispõe acerca da proteção à saúde, ainda que no contexto particular da “relação de consumo”. Já o inciso 22 do artigo 75 da CN/1994⁵⁴ estabelece a hierarquia constitucional do PIDESC⁵⁵, o qual estipula o direito à saúde com um conteúdo e alcance mais específico, referindo-se às obrigações assumidas pelo Estado.

Destaca-se que o Pacto não obriga que o Estado se encarregue de toda a cobertura. Basta, para cumprir a obrigação de que toda pessoa possa ter acesso a serviços de saúde, tendo em conta, caso necessário, a sua capacidade contributiva, dada a finalidade de equidade que caracteriza o paradigma do direito social (CLERICI, 2005, p. 291).

Com efeito, segundo Rodolfo Ariza Clerici (2005, p. 292), o nível de cobertura é deixado para a determinação política e a discricionariedade de cada Estado para a formulação e a execução de suas políticas públicas na matéria. O PIDESC fixa os objetivos que devem ser

⁵³ **Artículo 42.-** *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. (...)*

⁵⁴ **Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso:*

22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (...) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) en las condiciones de su vigencia, tienen [tiene] jerarquía constitucional, no derogan [deroga] artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben [debe] entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (...)*

⁵⁵ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado através da resolução n. 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. A partir da reforma de 1994, o novo artigo 75, inciso 22, da CN/1994, reconheceu a sua hierarquia constitucional.

alcançados pelos Estados, enquanto a discricionariedade desses encontra-se na seleção dos meios através dos quais se cumprirão essas metas.

A partir da reforma de 1994 tem-se observado a constitucionalização do direito à saúde, assim como um interesse quanto à regulamentação parlamentar do sistema sanitário integral. Isso ocorre à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado ao incorporar tratados internacionais com hierarquia constitucional ao ordenamento jurídico local, como o PIDESC (CLERICI, 2005, p. 295).

Para melhor compreensão do direito à saúde na Argentina, é necessário entender também o seu sistema. Segundo Mariana Belló e Victor M. Becerril-Montekio (2011, p. 98-99), o sistema de saúde naquele país está composto por três setores pouco integrados entre si e fragmentados também em seu interior: (i) o *sector público*; (ii) o setor de seguro social obrigatório (Obras Sociales); e (iii) o setor privado.

O setor público está integrado pelas estruturas administrativas provinciais e nacionais e pela rede de hospitais e centros de saúde públicos que prestam atenção *gratuita a toda pessoa que demanda*, em geral, aquelas sem seguridade social e sem possibilidade financeira para arcar com os custos relacionados à saúde.

O setor de seguro social obrigatório organiza-se em torno das Obras Sociales (OS), que cobrem os trabalhadores assalariados e suas famílias segundo ramos de atividades. Cada província conta com uma OS que abarca os empregados públicos de sua jurisdição. Por sua vez, o Instituto Nacional de Serviços Sociais para Aposentados e Pensionistas/Programa de Assistência Médica Integral compreende os aposentados do sistema nacional de pensões e suas famílias. Cumpre ressaltar que o artigo 14 *bis* da CN/1994⁵⁶ prevê o caráter integral e irrenunciável da seguridade social, cujos benefícios serão outorgados pelo Estado.

O setor privado inclui: (i) profissionais que prestam serviços independentes a pacientes particulares associados a Obras Sociales específicas ou a sistemas privados de medicina pré-paga; (ii) os estabelecimentos assistenciais contratados também pelas OS; e (iii) entidades de seguro voluntário denominadas de Empresas de Medicina Pré-Paga (EMP), que incluem um subsetor prestador de serviços agrupado na Confederação Argentina de Clínicas, Sanatórios e Hospitais Privados. Esse setor também compreende as cooperativas e mutuais de saúde, que são entidades não lucrativas que oferecem planos de saúde, mas não operam nem como OS nem como medicina pré-paga.

⁵⁶ **Artículo 14 bis.**- (...) *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable.* (...)

Desenvolve-se um sistema fragmentado com três subsetores que atendem a três categorias de usuários: (i) *grupos sociais de baixa renda e que não contam com seguridade social*; (ii) trabalhadores assalariados e aposentados; e (iii) população com possibilidade de pagamento, que compra planos privados ou paga por serviços de saúde.

Os trabalhadores ativos ou aposentados, e suas famílias, contam com um seguro social administrado pelas Obras Sociais (nacionais ou provinciais), que não têm fins lucrativos e que se organizam a partir dos diversos ramos de atividade econômica. Essas entidades subcontratam os serviços do setor privado para o cuidado de seus beneficiários.

Por outro lado, os titulares de pensões não contributivas⁵⁷ e seus familiares são, em sua maior parte, uma população com grandes carências, inclusive com necessidades especiais e com dificuldades de acesso à atenção médica. As pessoas que exercem trabalhos precários (informais) ou que carecem de trabalho não estão compreendidas dentro do sistema de OS. O financiamento, a implementação e a coordenação da atenção médica relativa a essa população está a cargo do Programa Federal de Saúde (PROFE) do Ministério de Saúde da Nação (MS) (BELLÓ; BECERRIL-MONTEKIO, 2011, p. 100). Logo, a população com recursos escassos, que não conta com os benefícios da seguridade social, recorre à rede de hospitais e centros de saúde públicos, nos quais o cuidado é fornecido a quem demande.

De acordo Belló e Becerril-Montekio (2011, p. 100), as OS nacionais e as EMP têm o dever de cumprir com o Programa Médico Obrigatório (PMO) disposto pelo MS. O PMO compreende um conjunto de prestações muito amplo e os respectivos medicamentos. Esse programa cobre 95% das causas de consulta ambulatorial, atenção cirúrgica e hospitalar, atenção odontológica, saúde mental, reabilitação e cuidados paliativos. Assim, o PMO abrange a atenção primária e a atenção secundária (por especialidades reconhecidas), além de internação, cuidado com saúde mental, reabilitação, odontologia, medicamentos etc.

As OS provinciais e as entidades do setor privado que não pertençam a esquemas de medicina pré-paga, mas que ofereçam cuidado mediante pagamento, não estão obrigadas a

⁵⁷ Na Argentina, em 2009, criou-se a *Asignación Universal por Hijo* (AUH) para a proteção social e, em 2011, a *Asignación Universal por Embarazo* (AUE) para proteção social. A AUH destina-se às crianças cujas mães e cujos pais, tutores ou curadores encontrem-se desempregados ou atuem na economia informal, obtendo um salário menor do que o mínimo vital e móvel (SMVM). A partir de reformas que se implementaram posteriormente, a *Asignación* alcança as crianças dos trabalhadores domésticos com salário inferior ao SMVM (artigo 4º, Resolução 393/09) e às crianças dos trabalhadores temporários registrados do setor agropecuário (Res. ANSES 235/11). O limite máximo de idade das crianças para perceber a prestação é dezoito anos, condição que desaparece quando se trata de pessoas com deficiência, que não possuem limite de idade para perceber a *Asignación*. A AUH reconhece até o quinto(a) filho(a) por núcleo familiar – limite que não existe nas alocações familiares para trabalhadores formais. No caso da AUE regem os mesmos requisitos – ou seja, a grávida e seu cônjuge ou namorado devem ser trabalhadores informais e que não têm cobertura de Obra Social (PAUTASSI; ARCIDIÁCONO; STRASCHNOY, 2014, p. 65-67).

fornecer o PMO. Isso origina diferentes esquemas provinciais de benefícios. Não obstante, as OS locais de treze províncias oferecem um conjunto explícito de prestações básicas. O PMO tampouco se aplica no *sector público*, no qual se regula em níveis municipal e provincial, oferecendo serviços de acordo com os critérios estabelecidos pelos diferentes ministérios de saúde provinciais (BELLÓ; BECERRIL-MONTEKIO, 2011, p. 100-101).

Segundo o *Consejo Federal de Salud Argentino* (ARGENTINA, 2003, p. 22), a saúde não é matéria delegada por parte dos estados federados ao poder central. Constitucionalmente, os estados federados são responsáveis pelas questões de saúde de suas respectivas jurisdições. Logo, a partir do processo de descentralização territorial, pelo qual se transferiram os estabelecimentos sanitários públicos, as vinte e três províncias argentinas e a Cidade Autônoma de Buenos Aires têm em suas mãos a atenção pública da saúde de suas respectivas jurisdições e uma enorme autonomia para decidir suas políticas sanitárias. Já a autoridade nacional possui responsabilidades limitadas e muito gerais. Finalmente, os governos locais dos municípios têm um papel residual na administração dos serviços de saúde e se limitam ao primeiro nível de atenção, ou atenção primária, e ao segundo nível de atenção, ou atenção secundária⁵⁸ (ARGENTINA, 2003, p. 22).

Em suma, na Argentina, por seu caráter de país federalizado, o subsistema público de saúde opera em três níveis de governo: nacional, provincial e municipal. As províncias e municípios são responsáveis por serviços diretos à população, sendo a saúde uma competência não delegada pelos governos provinciais e municipais à esfera nacional. A responsabilidade pelos serviços públicos de saúde permanece nas esferas provincial e municipal (ARGENTINA, 2015, p. 14).

As autoridades sanitárias provinciais e municipais possuem competências relativas à fiscalização do funcionamento dos serviços e administração das instituições e estabelecimentos públicos, formação e capacitação dos recursos humanos no setor, coordenação intersectorial, regulação de atividades vinculadas à investigação, entre outras funções, todas dentro de suas respectivas jurisdições. Já a União tem sob sua responsabilidade

⁵⁸ De acordo com o curso *Educación para la salud* presente no site da *Universidad de Punta*, o primeiro nível de atenção ou atenção primária relaciona-se aos centros responsáveis pelas ações para prevenir enfermidades, atender as patologias mais frequentes e menos graves. Possuem uma relação direta com a comunidade. Exemplos: *Centros de Salud*, *Centros Comunitarios*, *Salas de Primeros Auxilios*. Já o segundo nível de atenção ou atenção secundária diz respeito aos hospitais gerais – com áreas programáticas (zonas geográficas com uma população definida que está a cargo de um hospital geral) – que atendem pacientes derivados dos “*Centros del Primer Nivel de Atención*” e se ocupam do diagnóstico e do tratamento de patologias que não podem ser solucionadas nesse primeiro nível. Há, ainda, o terceiro nível de atenção, que se conecta a hospitais ou centros especializados nos quais são tratadas patologias mais complexas que exigem técnicas de diagnóstico e tratamento sofisticados (ARGENTINA, s.d., texto *online*)

a condução do setor em seu conjunto através do delineamento de programas, ditando normas e execução de ações que permitam a coordenação entre os distintos subsetores⁵⁹ (ARGENTINA, 2015, p. 14).

Em relação à legislação argentina, sublinha-se a *Ley n. 23.661/1989* e o *Decreto Nacional n. 455/2000*.

A *Ley n. 23.661/1989* instituiu o Sistema Nacional de Saúde com alcance de um seguro social, com o escopo de procurar o pleno exercício do direito à saúde para todos os habitantes do país. Tal seguro foi organizado dentro do marco de uma concepção “integradora” do setor de saúde, no qual a autoridade pública reafirmou seu papel de condução geral do sistema (artigo 1º).

Ainda, o Ministério da Saúde e Ação Social, mediante a Secretaria de Saúde, fixa as políticas de saúde do seguro e também é o organismo designado na *Ley n. 23.661/1989* para levar a cabo a política de medicamentos. Corresponde-lhe articular e coordenar os serviços assistenciais prestados pelas OS compreendidas na *Ley n. 23.660/1988*, os estabelecimentos públicos e os prestadores privados em um sistema de cobertura universal, de estrutura pluralista e participativa e de administração descentralizada que responda à organização federal da Argentina⁶⁰.

O *Decreto Nacional n. 455/2000*, denominado de “*Marco Estratégico-Político para la Salud de los Argentinos*”, estabelece diretrizes para a saúde pública e a política sanitária. Em seu preâmbulo aduz, entre outros que: (i) a saúde é uma situação de *relativo* bem-estar físico, psíquico e social, produto da interação permanente transformadora entre o indivíduo, a sociedade em que participa e o seu ambiente; (ii) o governo e a administração do sistema de serviços de saúde são uma responsabilidade *concorrente* do Poder Executivo nacional, dos Poderes Executivos provinciais, dos governos municipais e do governo da Cidade Autônoma

⁵⁹ O governo nacional fixa os objetivos centrais do sistema através do MS, que cumpre uma função de condução e direção política do sistema de saúde em conjunto. O MS tem sob sua responsabilidade as funções de normalização, regulação, planificação e avaliação das ações de saúde que são levadas a cabo no território nacional (BELLÓ; BECERRIL-MONTEKIO, 2011, p. 103-104). Já os governos provinciais são responsáveis pela saúde de seus habitantes através de suas Secretarias de Saúde. *A coordenação entre a União e as províncias não está suficientemente articulada*, de acordo com Belló e Becerril-Montekio (2011, p. 104), ainda que nos últimos anos tenha se dado especial impulso ao *Consejo Federal de Salud* (COFESA), integrado pelos ministros das províncias e o ministro do governo federal. Ressalta-se que o COFESA é o espaço para a construção de consensos, estabelecimentos de metas e adoção de políticas e decisões compartilhadas entre setores e jurisdições.

⁶⁰ **Ley n. 23.661/1989, artículo. 3.-** *El seguro adecuará sus acciones a las políticas que se dicten e instrumenten a través del Ministerio de Salud y Acción Social.*

Dichas políticas estarán encaminadas a articular y coordinar los servicios de salud de las obras sociales, de los establecimientos públicos y de los prestadores privados en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país. Se orientarán también a asegurar adecuado control y fiscalización por parte de la comunidad y afianzar los lazos y mecanismos de solidaridad nacional que dan fundamento al desarrollo de un seguro de salud.

de Buenos Aires; (iii) uma das estratégias centrais da reforma é a realocação de recursos do Ministério da Saúde na atenção primária à saúde, transferindo a responsabilidade do planejamento operacional a cada uma das jurisdições locais e seus serviços de saúde; e que (iv) a atenção primária à saúde implica a constituição de redes articuladas de serviços de saúde em todos os níveis de complexidade, a incorporação racional de tecnologia, a padronização de procedimentos e o desenvolvimento de programas de médicos da família⁶¹.

O *Marco Estratégico-Político para la Salud de los Argentinos* almeja fortalecer a atenção primária à saúde e o sistema de médicos de família nacionalmente como uma estratégia fundamental para melhorar a eficiência da alocação de despesas, o qual deverá traduzir-se em médio prazo. Essa estratégia terá como objetivo final uma organização dos sistemas de serviços de saúde, de modo que os estabelecimentos hospitalares públicos e privados possam fazer uma alocação mais adequada e um uso mais eficiente de seus recursos, destinando-os às ações de atenção da saúde de segundo e terceiro níveis

Destaca-se, conforme supramencionado, que os níveis de atenção médica – primeiro, segundo e terceiro níveis – dependem da complexidade dos casos de enfermidades a serem atendidos e dos recursos necessários para resolver os problemas que tais patologias apresentam.

O *Decreto* trouxe algumas orientações a respeito da atenção à saúde dos argentinos e mostra que a atenção primária à saúde é importante no sistema público sanitário daquele país.

A *atenção primária*, cabe salientar, está relacionada aos centros (e.g. *Centro de Salud, Puesto de Salud*) que se ocupam de ações para prevenir enfermidades, atendem doenças mais frequentes e menos graves e, ainda, têm uma relação direta com a comunidade, de acordo com informações da *Universidad de la Punta* (ARGENTINA, s.d., texto *online*). Comparativamente ao Brasil, seriam, por exemplo, as Salas de Primeiros Socorros e os Postos de Saúde dos bairros.

Quando se tratar do *segundo nível de atenção à saúde*, conectado à noção de hospitais gerais (*Hospitais I e II*) responsáveis por uma população definida (regionalmente), os pacientes atendidos serão derivados dos “*Centros del Primer Nivel de Atención*”. Tais hospitais são responsáveis pelo diagnóstico e tratamento de patologias que não podem ser solucionadas no nível de atenção primária.

⁶¹ É interessante também notar que esse *Decreto* afirma que a saúde é um estado de *relativo* bem-estar físico, psíquico e social – diferentemente do entendimento da OMS – e que não há uma noção de responsabilidade solidária, mas concorrente, dos entes federados no que tange ao direito à saúde, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Quanto ao *terceiro nível de atenção à saúde*, este se liga às hospitais (*Instituto Especializado, Hospital III*) detentores de maiores recursos para tratamento de doenças com maior complexidade. Aqueles são centros de referência melhor estruturados, com profissionais e instalações especiais.

CATEGORIAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD		
CATEGORIAS		MINISTERIO DE SALUD
1 NIVEL	I - 1	Puesto de Salud
	I - 2	Puesto de Salud con Médico
	I - 3	Centro de Salud sin internamiento
	I - 4	Centro de Salud con internamiento
2 NIVEL	II - 1	Hospital I
	II - 2	Hospital II
3 NIVEL	III - 1	Hospital III
	III - 2	Instituto especializado

Figura 02: Categorias dos estabelecimentos de saúde

Os três níveis de atenção à saúde estão incluídos na noção de *demanda de saúde de primeira necessidade*, a depender do caso concreto. Ou seja, se a doença foi frequente e menos grave, mas ainda assim significar um perigo à vida do indivíduo, o Poder Público não poderá se eximir de sua responsabilidade. Do mesmo modo ocorrerá quando se tratar do segundo e do terceiro níveis de atenção à saúde, que tratam de doenças menos frequentes e com maior complexidade.

Portanto, é possível concluir que *aproximação da ideia de núcleo essencial* – ainda que não ocorra nenhuma menção direta a ele – do direito à saúde na Argentina com a noção de demandas de saúde de primeira necessidade, seja no primeiro, no segundo ou no terceiro nível de atenção à saúde.

3.2 DIREITO À EDUCAÇÃO: CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

O núcleo essencial do direito à educação diferencia o mínimo existencial do mínimo vital ao acrescentar uma dimensão social, cultural e integradora ao aspecto unicamente biológico. Consoante Sarlet (2012, p. 320), o mínimo existencial inclui não apenas a garantia de sobrevivência física – o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo

vital – mas também o que se designou como “mínimo existencial sociocultural”, que abarca o direito à educação.

No que tange aos fins e objetivos da educação, há semelhanças entre Brasil e Argentina. A Lei n. 9.394/1996 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação*), especialmente o artigo 2º⁶², e também a CF/1988, em seu artigo 205⁶³, tal como o artigo 11 da Lei 26.206/2006⁶⁴ (*Ley de Educación Nacional*) e o inciso 19 do artigo 75 da CN/1994, apontam a necessidade da educação para a formação e o pleno desenvolvimento do educando, para o exercício da cidadania e para a *igualdade de oportunidades*.

Além disso, o artigo 13 do PIDESC⁶⁵ prevê que os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam, ainda, que a educação deve orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Os Estados participantes do PIDESC reconhecem que, com o objetivo de lograr o pleno exercício desse direito: (i) *o ensino primário deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente* e (ii) *o ensino secundário, em suas diferentes formas, inclusive o ensino secundário técnico e profissional, deve ser generalizado e fazer-se acessível a todos, por*

⁶² **Artigo 2º** A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁶³ **Artigo 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁶⁴ Os fins e objetivos da política educativa nacional são, entre outros, assegurar uma educação de qualidade com igualdade de oportunidades, sem desequilíbrios regionais nem iniquidades sociais; garantir a inclusão educativa através de políticas universais e de estratégias pedagógicas e de alocação de recursos que outorguem prioridade aos setores mais desfavorecidos da sociedade; assegurar condições de igualdade, respeitando as diferenças entre as pessoas; garantir, em âmbito educativo, o respeito aos direitos das crianças e adolescentes; garantir a todos(as) o acesso às condições para a permanência e o egresso dos diferentes níveis do sistema educacional, assegurando a gratuidade dos serviços de gestão estatal, em todos os níveis e modalidades; e coordenar as políticas de educação, ciência e tecnologia com as de cultura, saúde, trabalho, desenvolvimento social, esportes e comunicações, para atender integralmente as necessidades da população, aproveitando ao máximo os recursos estatais, sociais e comunitários etc. Tudo isso se relaciona à cidadania e à igualdade de oportunidades.

⁶⁵ De acordo com o artigo 13 do PIDESC, os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa à educação e concordam que a educação deve orientar-se ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, devendo fortalecer o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Ainda, que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente em uma sociedade livre. Assim, os Estados Partes reconhecem que, com o objetivo de lograr o pleno exercício desse direito: (i) o ensino primário deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; (ii) o ensino secundário, em suas diferentes formas, inclusive o ensino secundário técnico e profissional, deve ser generalizado e fazer-se acessível a todos, por quantos meios sejam apropriados, e em particular pela implantação progressiva do ensino gratuito; (iii) o ensino superior deve fazer-se igualmente acessível a todos, conforme a capacidade de cada um, por quanto meios sejam apropriados, e em particular pela implantação progressiva do ensino gratuito; (iv) deve-se fomentar ou intensificar, na medida do possível, a educação fundamental para aquelas pessoas que não a tenham recebido ou terminado o ciclo completo de instrução primária etc.

quantos meios sejam apropriados, e em particular pela *implantação progressiva* do ensino gratuito⁶⁶.

As Constituições do Brasil e da Argentina, a legislação infraconstitucional relativa à educação e, ainda, o PIDESC, um importante tratado internacional acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, *ratificado por ambos os países*, reconhecem a importância da garantia do direito à educação para a formação do indivíduo livre e detentor de igualdade de oportunidades.

3.2.1 Direito à educação no Brasil

O artigo 208 da CF/1988⁶⁷ prevê ser a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade um direito subjetivo público, cujo não oferecimento ou oferta irregular importa em responsabilidade da autoridade competente.

A educação no Brasil cinge-se em (i) educação básica: educação infantil (de zero a cinco anos), ensino fundamental (de seis a catorze anos) e ensino médio (de catorze a dezessete anos); e (ii) ensino superior (graduação e pós-graduação *stricto e lato sensu*).

Ainda, conforme a Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), a educação básica obrigatória e gratuita é organizada em (i) pré-escola; (ii) ensino fundamental e (iii) ensino médio.

⁶⁶ Ainda, prevê que (iii) o ensino superior deve fazer-se igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por quantos meios forem apropriados, e em particular pela implantação progressiva do ensino gratuito; e (iv) deve-se fomentar ou intensificar, na medida do possível, a educação fundamental para aquelas pessoas que não a receberam ou não terminaram o ciclo completo de instrução primária; e, por fim, que (v) deve-se prosseguir ativamente o desenvolvimento do sistema escolar em todos os ciclos de ensino, implantar um sistema adequado de bolsas, e melhor continuamente as condições materiais do corpo docente.

⁶⁷ **Artigo 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 05 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (...)

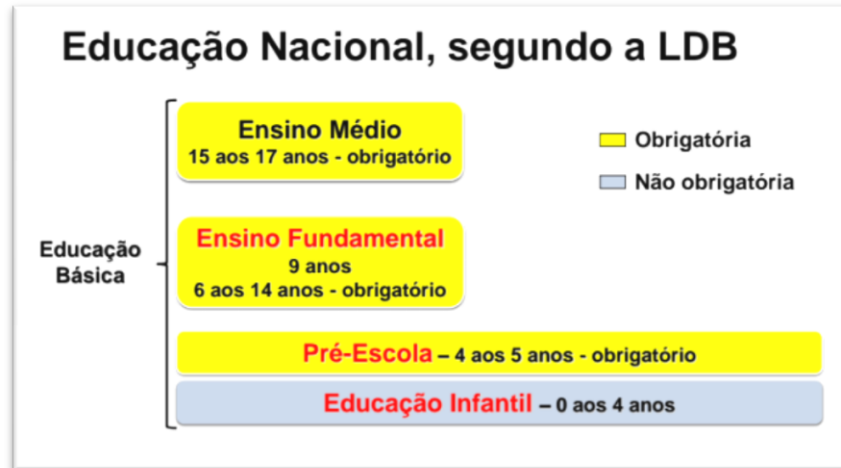


Figura 03: Educação nacional obrigatória (LDB)

Todavia, mesmo diante da previsão constitucional e de lei relativa ao tema, *faz-se necessário delimitar o núcleo essencial do direito à educação*, contextualizando-o na própria realidade social brasileira a fim de conhecer a sua real exequibilidade e evitar retóricas políticas.

Relativamente à *educação infantil*, é dever do Estado ofertar creches e pré-escolas aos educandos até os cinco anos de idade, conforme o inciso IV do artigo 208 da CF/1988. Diante do exposto no inciso I do referido artigo, em interpretação estritamente literal, infere-se que a obrigatoriedade estatal com a educação infantil é dos quatro aos cinco anos de idade.

Essa previsão não abarca literalmente as crianças de zero a quatro anos, o que requer uma interpretação lógico-sistemática e teleológica quanto à obrigação estatal em prover a educação infantil para as mesmas. Isso significa que, de modo a ter uma postura coerente, se o Estado deve prover educação infantil para crianças de quatro a cinco anos, também deverá fazê-lo para crianças de zero a quatro anos.

Ainda, o próprio inciso IV prevê a garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola”⁶⁸. Porém, no artigo 208 da CF/1988, afirma que a matrícula somente é obrigatória a

⁶⁸ Segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (BRASIL, 2010, p. 12), a educação infantil é “a primeira etapa da educação básica, oferecida em creches e pré-escolas, às quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de zero a cinco anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social”. A educação infantil divide-se em creches, para crianças de até três anos, e pré-escolas, para crianças de quatro e cinco anos (BRASIL, 2010, p. 07). Ressalta-se que “é dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção”. Por seu turno, o currículo é considerado, nessa etapa educacional, o “conjunto de práticas que buscam articular as experiências e os saberes das crianças com os conhecimentos que fazem parte do patrimônio cultural, artístico, ambiental, científico e tecnológico, de modo a promover o desenvolvimento integral de crianças de zero a cinco anos” (BRASIL, 2010, p. 12). Porém, essas Diretrizes (BRASIL, 2010, p. 15) aduzem ser *obrigatória a matrícula na educação infantil de crianças que completam quatro ou cinco anos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula*. As crianças que

partir dos quatro anos. Antes disso, a frequência à creche é uma escolha da família e uma oportunidade oferecida pelo Estado.

A garantia do direito somente a partir de quatro anos foge a qualquer justificação lógica, pois só chega a essa faixa etária aquele que sobreviveu de zero a quatro anos. A *fortiori* está incluída a educação infantil como de prestação obrigatória pelo Estado. Defende-se, ainda que, em caso de inexistência de vagas e indisponibilidade de recursos orçamentários para ampliar o seu alcance, o Poder Público deverá arcar com as despesas em uma unidade educacional privada⁶⁹. Por conseguinte, entende-se que *a educação infantil – considerando o acesso a creches e pré-escolas a crianças de zero a cinco anos de idade – está contida no núcleo essencial do direito à educação*.

Já o *ensino fundamental* possui nove anos de duração, sendo a matrícula *obrigatória* para todas as pessoas dos seis aos catorze anos, conforme o artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação⁷⁰. Ainda, o inciso X do artigo 4º da mencionada lei afirma que o dever do Poder Público com a educação escolar pública será efetivado através da garantia de “*vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 04 (quatro) anos de idade*”. Isto é, há também previsão de obrigatoriedade de vagas para indivíduos de seis a catorze anos no que tange ao *ensino fundamental* e o Poder Público não poderá eximir-se de tal responsabilidade⁷¹.

Além disso, o ensino fundamental muito se difere da educação infantil. Enquanto esta “tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 05 (cinco) anos, em seus

completam seis anos após o dia 31 de março também devem ser matriculadas na Educação Infantil. Essas mesmas Diretrizes (BRASIL, 2010, p. 15) afirmam, ainda, que as vagas em creches e pré-escolas devem ser oferecidas próximas às residências das crianças, mas não aborda explicitamente a obrigatoriedade.

⁶⁹ O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assevera, em seu artigo 54, ser “dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV – *atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade*”. Ainda, tanto a CF/1988 (§§ 1º e 2º do artigo 5º) quanto o ECA (§§ 1º e 2º do artigo 54) asseguram, inclusive com o mesmo texto em ambos os diplomas, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente”.

⁷⁰ **Artigo 32.** O ensino fundamental obrigatório, com duração de 09 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 06 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006):

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social. (...)

⁷¹ **Artigo 4º** O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade” (artigo 29, Lei de Diretrizes e Bases da Educação), aquele “terá por objetivo a formação básica do cidadão” (artigo 32, Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Essa formação básica se dará, por exemplo, mediante “o desenvolvimento da capacidade de aprender, possuindo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo” e através da “compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade” (incisos I e II, artigo 32, Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Conseqüentemente, ao ensino fundamental vincula-se à ideia de cidadania, uma vez que o objetivo daquele é formação básica do cidadão, e à noção da capacidade de aprendizado. Essa etapa educacional é de suma importância para a própria configuração da liberdade fática, uma vez que o indivíduo terá maior possibilidade de fazer suas próprias escolhas dentro da sociedade se estiver munido do conhecimento básico adquirido no ensino fundamental. *Defende-se nesse estudo que essa etapa de ensino também integra o núcleo essencial do direito à educação.*

Questão problemática tange ao reconhecimento (ou não) do *ensino médio* como componente do núcleo essencial do direito ora analisado⁷².

A CF/1988 prevê, no inciso II de seu artigo 208, a “progressiva universalização do ensino médio gratuito”. Porém, se há previsão de uma “progressiva universalização” e de uma “progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio”, não há um direito subjetivo universal a ele na atual conjuntura, dependendo-se de políticas públicas.

Não é possível vislumbrar, nas condições fáticas atuais, a concreta universalização nacional do ensino médio, mesmo após o ano limite para tal (2016). Nesse sentido, salienta-se que a Emenda Constitucional (EC) n. 59/2009 deixa claro, em seu artigo 6º⁷³, a obrigatoriedade da implementação progressiva, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação (PNE), com apoio técnico e financeiro da União, do disposto no inciso I do artigo 208 da CF/1988.

Ainda, a universalização daquele para os alunos em idade regular e para os que não concluíram na idade recomendada está prevista na meta n. 3 do Plano Nacional de Educação

⁷² O ECA assevera que:

Artigo 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; (grifos nossos)

⁷³ **Artigo 6º** O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União.

(PNE). Tal meta é, “universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento)”.

Porém, destaca-se que a redação constitucional do direito à educação é confusa. A estipulação da “educação obrigatória” até os dezessete anos conduz à sua identificação como o núcleo essencial do direito à educação. Segundo Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), como essa redação constitucional é a última cronologicamente, é ela que vale. Pelo critério cronológico, não resta dúvida da revogação das disposições anteriores. Além disso, pelos critérios de solução de antinomias, o hierárquico é o mais forte, o que significa que entre a EC e qualquer lei infraconstitucional, vale a EC. Sendo assim, do ponto de vista hermenêutico, não há dúvida de que o ensino médio integra o núcleo essencial do direito à educação, o que o inclui no conteúdo do mínimo existencial brasileiro.

Porém, isso não se mostra exequível em nosso atual contexto socioeconômico. Consoante Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), o mínimo existencial tem a facticidade como parâmetro, o que leva à exclusão do ensino médio do núcleo essencial do direito à educação em razão da situação socioeconômica do Brasil. Isso significa que caso seja obrigatório, a oferta do ensino médio será exigível ao Poder Público por todo indivíduo, brasileiro ou não⁷⁴ em qualquer espaço do território nacional, pois essa prestação se apresentará como direito subjetivo.

Na verdade, tal previsão trata-se de ostentação da falência jurídica quanto à efetivação do direito à educação, *principalmente na delimitação de seu núcleo essencial*. Tudo que é declarado como *obrigatório* pelo Estado é colocado como *direito subjetivo* e todo direito subjetivo é *exigível judicialmente*. Porém, nas nossas condições socioeconômicas, o ensino médio não é imediatamente demandável.

⁷⁴ Em relação à necessidade ou não de cidadania brasileira para que o indivíduo seja detentor de direito fundamental social no Brasil, destaca-se o *caput* do artigo 5º da CF/1988 afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos *estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”. Se os direitos sociais são dotados de fundamentalidade, ou seja, se são fundamentais, e se o Título (II) no qual principalmente se inserem denomina-se de “*Dos Direitos e Garantia Fundamentais*”, compreende-se que os direitos fundamentais sociais, previstos precipuamente no artigo 6º do Capítulo II do supracitado título, podem também ser exercidos por estrangeiros residentes no país. Isto é, se inexistente hierarquia entre os direitos fundamentais, por qual razão os estrangeiros residentes fariam jus aos direitos fundamentais individuais e não aos direitos fundamentais sociais? Nesse aspecto, é possível questionar esse raciocínio na com base nos direitos fundamentais políticos. Ocorre que já há restrição constitucional do exercício dos direitos fundamentais políticos a brasileiros natos ou naturalizados (artigo 14, § 2º e § 3, I, CF/1988) no que tange à elegibilidade e à capacidade para votar. Em relação aos direitos fundamentais sociais não há a mencionada restrição e igualmente não se mostra razoável restringi-los apenas a brasileiros natos ou naturalizados, pois o objetivo desse tipo de direito fundamental é, conforme abordado no capítulo 1, possibilitar a *igualdade material* e a *liberdade fática* através da *igualdade de oportunidades*. Não é razoável, ainda, especificamente quanto ao mínimo existencial, restringir o acesso a um nível elementar de dignidade humana por motivos de nacionalidade.

Esse cenário socialmente caótico é intensificado pela EC 95/2016, abordada no capítulo anterior, que congelará os gastos públicos com a educação por vinte anos. Desse modo, torna-se ainda mais difícil o investimento no ensino médio, uma vez que outras etapas educacionais obrigatórias (educação infantil e ensino fundamental), então consideradas universais, também sofrerão com essa contenção.

Salienta-se que o ensino médio ainda depende de políticas públicas – cuja necessidade resta demonstrada nas expressões “*progressiva universalização*” e “*progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio*” – e de ponderação. Assim, “por ponderação, quanto maior for o grau de afetação do princípio preterido, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do princípio precedente” (TOLEDO, 2016, p. 829).

Nesse aspecto, Toledo (2016, p. 828) leciona que para que direitos fundamentais sociais – como a educação – sejam efetivados, é necessário haver uma grande *organização social e econômica do Estado*. No caso dos direitos fundamentais sociais, o titular do direito é o indivíduo e o destinatário é o Estado, que tem o dever de assegurar a organização necessária para efetivar aqueles direitos. Todavia, tal organização deve ser proporcionada não somente a um indivíduo, mas a todos os indivíduos da sociedade. A grande questão, continua Toledo (2016, p. 828-829), consiste em determinar se essa organização é ou não direito subjetivo. A organização social necessária para a implantação dos direitos fundamentais sociais não é uma “relação”, já que inexistente um sujeito de direito específico, mas toda uma coletividade.

Logo, o critério para a determinação da *organização social* como *direito subjetivo* reside na importância que aquela tem para o indivíduo, de forma imediata, tendo em conta seus interesses e sua liberdade, ou para a coletividade, imediatamente, tendo em conta seus interesses e os bens coletivos. O modo de se realizar essa determinação é através da ponderação entre princípios constitucionais que resguardam os interesses do indivíduo por meio de seus direitos subjetivos e princípios constitucionais que resguardam o interesse coletivo (TOLEDO, 2016, p. 829).

Conseqüentemente, por necessitar de ponderação para que ocorra tal *organização* – a fim de que essa etapa educacional seja efetivada – por meio de *políticas públicas*, *o ensino médio não pode integrar o núcleo essencial do direito à educação*, a despeito da previsão constitucional.

Em virtude de o mínimo existencial ser progressivo e em consonância às condições econômicas e sociais brasileiras nesse momento histórico, somente (i) *educação infantil (da creche à pré-escola para crianças de zero a cinco anos)* e (ii) *ensino fundamental (indivíduos*

de seis a catorze anos) estão compreendidos no núcleo essencial do direito à educação no Brasil.

3.2.2 Direito à educação na Argentina

As bases legais da educação na Argentina, em termos gerais, estão fundadas pelas disposições específicas presentes na CN/1994, pelas normas ditadas pelo governo nacional e pelos governos provinciais e da Cidade Autônoma de Buenos Aires. Naquele país, as normas obedecem à seguinte ordem de prioridade, estabelecida no artigo 31 da CN/1994⁷⁵: *Constitución Nacional*, leis nacionais que em sua consequência se ditam, constituições provinciais e leis provinciais (FINNEGAN; PAGANO, 2007, p. 09).

Conforme o inciso 19 do artigo 75 da CN/1994, cabe ao Congresso legislar a respeito da organização e da base educacional, respeitando as particularidades provinciais e municipais. Essas leis devem assegurar a responsabilidade indelegável do Estado, a igualdade de oportunidades e garantir a gratuidade e a equidade da educação pública estatal⁷⁶.

Segundo com a *Ley n. 26.206/2006* ou *Ley de Educación Nacional* (artigo 17), a estrutura do sistema educacional nacional da Argentina compreende quatro níveis: (i) *educação inicial*; (ii) *educação primária*; (iii) *educação secundária*; e (iv) *educação superior*.

A *educação inicial*, consoante o artigo 3º da *Ley n. 27.045/2014*, que modificou o artigo 18 da *Ley de Educación Nacional*, constitui uma unidade pedagógica e compreende crianças desde os 45 dias até e inclusive os cinco anos de idade, sendo obrigatórios os dois últimos anos.

De acordo com o artigo 4º da *Ley n. 27.045/2014*, que alterou o artigo 19 da *Ley de Educación Nacional*, o Estado nacional, as províncias e a Cidade Autônoma de Buenos Aires têm a obrigação de universalizar os serviços educacionais para as crianças de três anos de idade, priorizando a atenção educativa dos setores menos favorecidos da população.

⁷⁵ **Artículo 31.-** *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

⁷⁶ **Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso:*

19. *Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, (...) Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. (...)*

O artigo 20 da *Ley de Educación Nacional* aduz que são objetivos da educação inicial, por exemplo: desenvolver a capacidade criativa e o prazer pelo conhecimento nas experiências de aprendizagem (alínea c); desenvolver as capacidades de expressão e de comunicação através de distintas linguagens verbais e não verbais, tais como o movimento, a música, a expressão plástica e a literatura (alínea e).

Assim como no que tange à educação infantil no Brasil, entende-se que a garantia do direito a partir de quatro anos foge a qualquer justificação lógica, uma vez que só chega a essa faixa etária aquele que sobreviveu ao período anterior. Logo, compreende-se que, *a fortiori*, estão incluídas na educação infantil, como de prestação obrigatória pelo Estado, as crianças de 45 dias até e inclusive cinco anos, sendo essa etapa educacional integrante do conteúdo do núcleo essencial do direito à educação argentino.

Já a *educação primária*, segundo o artigo 26 da *Ley de Educación Nacional*, é *obligatória* e compõe uma unidade pedagógica e organizativa destinada à formação de crianças a partir dos seis anos de idade.

Conforme o artigo 27 da *Ley de Educación Nacional*, a “*educación primaria tiene por finalidad proporcionar una formación integral, básica y común*”. Alguns de seus objetivos são: (i) garantir a todos os indivíduos o acesso a um conjunto de saberes comuns que lhes permita participar de maneira plena e de acordo com sua idade nas vidas familiar, escolar e comunitária (alínea a); e (ii) trazer oportunidades equitativas a todos(as) para o aprendizado de saberes significativos nos diversos campos de conhecimento, especialmente linguagem, ciências sociais, matemáticas, ciências naturais, línguas estrangeiras, arte e cultura e a capacidade de aplicá-los em situações da vida cotidiana (alínea c).

Nesse sentido, do mesmo modo como foi defendido em relação ao ensino fundamental no Brasil, é possível compreender que a formação cidadã inicia-se, de fato, a partir do ingresso na educação primária, razão pela qual se compreende que essa etapa educacional também faz parte do núcleo essencial do direito à educação na Argentina.

Por sua vez, a *educação secundária*, de acordo com o artigo 29 da *Ley de Educación Nacional*, é obrigatória e constitui uma unidade pedagógica destinada aos/às jovens que tenham cumprido o nível de educação primária. Ela possui dois ciclos: (i) Ciclo Básico, de caráter comum a todas as orientações (de três anos de duração); e (ii) Ciclo Orientado, de caráter diversificado segundo distintas áreas do conhecimento, do mundo social e do trabalho, (três anos de duração), com oferta das modalidades técnico-profissional e artística (artigo 31, *Ley de Educación Nacional*).

A educação técnico-profissional rege-se pelas disposições da *Ley n. 26.058/2005*. Consoante o artigo 3º da mencionada lei, a educação técnica-profissional é um *derecho de todo habitante da Argentina* e que faz efetivo através de processos educativos, sistemáticos e permanentes. Ainda, “*como servicio educativo profesionalizante comprende la formación ética, ciudadana, humanístico general, científica, técnica y tecnológica*”.

Já a *Ley de Educación Nacional* não afirma ser essa etapa educacional obrigatória, aduzindo que a educação técnico-profissional é a modalidade da educação secundária e da educação superior responsável pela formação de técnicos médios e técnicos superiores em áreas ocupacionais específicas e pela formação profissional (artigo 38).

Finalmente, segundo o artigo 34 da *Ley de Educación Nacional*, a *educación superior* compreende universidades e institutos universitários, estatais ou privados autorizados; e institutos de educação superior de jurisdição nacional, provincial ou da Cidade Autônoma de Buenos Aires, de gestão estatal ou privada. Essa etapa educacional não é considerada obrigatória, tal como ocorre no Brasil.

Em 2009, foi aprovado, pela *Resolución n. 79* do *Consejo Federal de Educación*, o *Plan Nacional de Educación Obligatoria*. Esse Plano abrange a *educación obligatoria* (básica) definida na *Ley de Educación Nacional* e que foi modificada pela *Ley n. 27.045/2014*. É dizer, inclui (i) educação inicial (dos 45 dias até e inclusive os cinco anos de idade da criança, sendo os dois últimos anos obrigatórios), (ii) educação primária e (iii) educação secundária. A *Ley n. 27.045/2014*, em seu artigo 2º, estendeu a obrigatoriedade escolar em toda a Argentina dos quatro anos até a finalização do nível da educação secundária, modificando o artigo 16⁷⁷ de *Ley de Educación Nacional* (*Ley n. 26.206/2006*), no qual tal obrigatoriedade iniciava-se aos cinco anos de idade.

⁷⁷ **Ley de Educación Nacional, artículo 16.** - *La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cinco (5) años hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y las autoridades jurisdiccionales competentes asegurarán el cumplimiento de la obligatoriedad escolar a través de alternativas institucionales, pedagógicas y de promoción de derechos, que se ajusten a los requerimientos locales y comunitarios, urbanos y rurales, mediante acciones que permitan alcanzar resultados de calidad equivalente en todo el país y en todas las situaciones sociales.*

Sendo assim, a obrigatoriedade do direito à educação – em relação à responsabilidade do Poder Público – abarca desde os quatro anos de idade do indivíduo até que ele(a) complete a EGB, que se finaliza na educação secundária básica. Salienta-se que a educação obrigatória, legalmente, totaliza onze anos, isto é, da educação inicial (quatro e cinco anos) até o terceiro ano da educação secundária básica (artigo 16, *Ley de Educación Nacional*).

Sistema de la Ley de Educación Nacional N° 26.206

NIVEL	CURSO	EDAD	OBLIGATORIEDAD
		Desde 45 días	
INICIAL		4 y 5 años	Obligatorio
	1º año	6	Obligatorio
	2º año	7	Obligatorio
E.P.B. (Educación General Básica 1)	3º año	8	Obligatorio
	4º año	9	Obligatorio
	5º año	10	Obligatorio
	6º año	11	Obligatorio
	1º año	12	Obligatorio
E.S.B. (Educación Secundaria Básica)	2º año	13	Obligatorio
	3º año	14	Obligatorio
	1º año	15	Post-obligatorio
E.S.S. (Educación Secundaria Superior)	2º año	16	Post-obligatorio
	3º año	17	Post-obligatorio
EDUCACIÓN SUPERIOR: TERCIARIA Y UNIVERSITARIA		18 y más	

Figura 04: Sistema da Ley de Educación Nacional argentina

São modalidades do sistema educacional nacional argentino aquelas opções organizacionais e/ou curriculares da educação comum, dentro de um ou mais níveis educacionais, que procuram responder a pedidos específicos de formação e atender particularidades de caráter permanente ou temporal, pessoais e/ou contextuais, com o propósito de garantir a igualdade no direito à educação e cumprir com as exigências jurídicas, técnicas e pedagógicas dos diferentes níveis educacionais (artigo 17, *Ley de Educación Nacional*).

O sistema educacional inclui oito modalidades educacionais: (i) educação técnico-profissional; (ii) educação artística; (iii) educação especial; (iv) educação permanente de jovens e adultos; (v) educação rural; (vi) educação intercultural bilíngue; (vii) educação em contexto de privação de liberdade; e (viii) educação domiciliar e hospitalar.

Todavia, a estrutura acadêmica referida não se implementa de modo homogêneo no país, coexistindo a organização prévia (níveis primário e secundário) com outros sistemas e

combinações definidos pelas jurisdições, que poderão determinar, excepcionalmente, outras modalidades de educação comum quando necessidades específicas de caráter permanente e contextual justifiquem tal definição (artigo 17, *Ley de Educación Nacional*).

Por conseguinte, defende-se que o núcleo essencial do direito à educação na Argentina abarca (i) *educação inicial (universal e obrigatório para crianças de 45 dias a cinco anos)*; (ii) *educação primária (crianças de seis a onze anos)*; e (iii) *educação secundária básica (indivíduos de doze a catorze anos)*. Entende-se que as modalidades especiais, inclusive a educação técnico-profissional, não estão abarcadas pela noção de núcleo essencial no que tange à educação, pois a implementação das mesmas dependerá da organização de cada jurisdição, conforme supracitado. Ou seja, as fases (i), (ii) e (iii) são imediatamente exigíveis ao Poder Público⁷⁸.

⁷⁸ De acordo com o estudo da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), *Educação para Todos*, em 2015 a taxa de analfabetismo na Argentina era de 2%, o terceiro menor índice da América Latina, atrás apenas de Cuba (0%) e do Chile (1%) e empatando com o Uruguai (também 2%). Em relação ao Brasil, segundo os dados, a taxa de analfabetismo era de 9%.

4 EFETIVIDADE E LIMITES AO MÍNIMO EXISTENCIAL

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMO PARA SUA EFETIVIDADE

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (BARROSO, 2012, p. 24)⁷⁹. A judicialização ocorre a partir do momento em que as instâncias políticas tradicionais – o Congresso Nacional e o Poder Executivo – não estão solucionando temas de grande repercussão política ou social, cabendo ao Poder Judiciário, por requisição do interessado e respeitando o princípio da inércia, resolvê-las. A judicialização trata-se da atuação do Poder Judiciário quando demandado.

Há uma forte afinidade entre a existência de direitos fundamentais, catalogados constitucionalmente, e mecanismos viáveis para revisão judicial. Portanto, a existência de um catálogo constitucional de direitos e mecanismos viáveis para revisão judicial não apenas fornece o enquadramento institucional necessário para que os Tribunais Constitucionais tornem-se mais vigilantes em seus esforços para proteger direitos fundamentais. Ela também possibilita expandir sua jurisdição para adicionar dilemas vitais morais e políticas controversas de crucial significância (HIRSCHL, 2008, p. 129-130).

A judicialização da política é um dos fenômenos mais significantes ocorridos nos governos do século XX e do início do século XXI. Munidos proceduralmente com a revisão judicial, os Tribunais Constitucionais nacionais ao redor do mundo foram e são frequentemente chamados a resolver uma variedade de questões. Os temas variam desde o escopo das liberdades de expressão e de religião e do direito à igualdade e à privacidade até políticas públicas relacionadas, por exemplo, à educação (HIRSCHL, 2008, p. 119).

Conforme Ran Hirschl (2008, p. 120), no entanto, a significância política crescente dos Tribunais Constitucionais também expandiu seu desígnio para se transformar um fenômeno multifacetado que se estende muito além do novo “padrão” de tomada de decisões com elaboração de políticas. A judicialização da política inclui agora uma transferência “por

⁷⁹ É importante destacar, segundo Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), que não há, no conceito de judicialização de Barroso, um juízo de valor. Trata-se de um conceito meramente descritivo. Ocorre que o termo judicialização normalmente é utilizado em uma conotação negativa, que expressa uma atuação excessiva do Poder Judiciário. Há, muitas vezes, identidade entre judicialização e ativismo que, por sua vez, será brevemente esclarecido nesse capítulo.

atacado” aos Tribunais Constitucionais de algumas das mais pertinentes e polêmicas controversas políticas que uma democracia pode contemplar.

O fato é que, durante as últimas décadas, o protagonismo judicial tem aumentado também na América Latina. Isso conduz à judicialização da política, pois distintos atores sociais começaram a enxergar essa via como uma alternativa ao sistema político para exigir respeito aos direitos fundamentais⁸⁰.

No Brasil, uma possível explicação para o crescimento da judicialização é a redemocratização, cujo ponto culminante foi a promulgação da CF/1988. Uma maior confiança na democracia nacional e um empoderamento dos indivíduos em consequência à previsão de direitos fundamentais podem ter auxiliado uma maior aproximação com o Poder Judiciário que, com o passar dos anos, parou de ser visto como mero instrumento técnico-formalista para ser enxergado como um meio para se alcançar a justiça. A redemocratização reacendeu paulatinamente uma consciência cidadã coletiva relacionada à necessidade de efetivação de direitos (BARROSO, 2012, p. 24).

Além disso, ocorreu a constitucionalização de diversos ramos do Direito, uma vez que inúmeras matérias que anteriormente eram responsabilidade do processo político majoritário e da legislação ordinária foram trazidas para a CF/1988.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, *desconfiada do legislador*. Como intuitivo, *constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito*. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma *pretensão jurídica*, que pode ser formulada sob a forma de *ação judicial*. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível *judicializar* a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2012, p. 24) (grifos nossos)

Por conseguinte, a CF/1988, “desconfiada do legislador” como é, permite que uma vez previsto determinado direito fundamental, este se torne justiciável. Conforme o § 1º do artigo 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Inclusive, o inciso XXXIV do mesmo artigo garante que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos e, ainda, o inciso XXV do artigo 5º aduz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁸⁰ As críticas a respeito do real acesso à justiça em relação aos direitos fundamentais sociais podem ser vistas no item 1.3 do capítulo 1 dessa dissertação.

O STF pode exercer o controle de constitucionalidade em (i) ações de sua competência originária⁸¹ e ações diretas⁸²; e (ii) através de recurso extraordinário.

Em relação à Argentina, a CN/1994, em seu artigo 116, prevê que corresponde à CSJN e aos tribunais inferiores da Nação, o conhecimento e decisão de todas as causas que versem sobre pontos regidos pela *Constitución* e pelas leis nacionais. Não há previsão de ações específicas, tais como, e.g., a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) ou a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

⁸¹ **Artigo 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a)** a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b)** nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c)** nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d)** o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e)** o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f)** as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g)** a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h)** (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i)** o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j)** a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l)** a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m)** a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n)** a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o)** os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p)** o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q)** o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r)** as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁸² *Ação direta de inconstitucionalidade* (artigo 102, inciso I, alínea a), a *ação declaratória de constitucionalidade* (artigo 102, inciso I, alínea a, e artigo 103, § 4º) e a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (artigo 103, § 2º). Há também duas hipóteses especiais de controle concentrado, quais sejam, a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (artigo 102, § 1º) e a *ação direta interventiva* (artigo 36, III).

No entanto, aquele país é detentor da ação de *amparo* e nesse sentido, conforme Etchichury (2013, p. 84), a reforma constitucional argentina de 1994 incorporou vias de exigibilidade judicial de direitos.

O artigo 43 da CN/1994 prevê que toda pessoa pode interpor ação de amparo, sempre que não existir outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que, de forma atual ou iminente, lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidos pela CN/1994, um tratado ou uma lei. Nesse caso, o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funde o ato ou omissão lesiva⁸³.

De acordo com Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2006, p. 189), atualmente há uma diversidade legislativa importante na regulação do amparo. É prevista em cada uma das vinte e três províncias, assim como na Cidade Autônoma de Buenos Aires e nacionalmente, uma variedade de tipos de amparo sem comparações na América Ibérica. Essa variedade compreende desde o tradicional amparo contra atos ou omissões de autoridades até os amparos contra atos ou omissões de particulares, por mora (em matéria administrativa ou tributária), sindical, eleitoral e ambiental, como uma espécie de ação popular. Esses subtipos de amparo tornaram tal instituto argentino – no qual participam todos os juízes ao ser aceito o controle difuso com vinte e cinco ordens jurídicas de aplicação – complexo.

Consequentemente, qualquer questão política tem uma direção normativo-constitucional. De tal modo, será ou não constitucional caso seja respeitada determinada ordem, demonstrando que a questão política é, certamente, justificável. Isso ocorre inclusive caso se decida respeitar o mínimo de justiça e de razoabilidade que uma Constituição exige para que exista a constitucionalidade (MARANIELLO, 2011, p. 16).

Logo, o Poder Judiciário, tanto no Brasil quanto na Argentina, não exacerba suas competências na *judicialização*, uma vez que ela não representa a sua atuação excessiva. Ele está *autorizado*, por ambas as Constituições, a decidir os casos que nele chegam. Ou seja, diante do descumprimento do que está constitucionalmente previsto – ou mesmo previsto em um tratado internacional ratificado – o Poder Judiciário *tem* que ter uma postura ativa, não lhe cabendo a omissão.

⁸³ Ainda no artigo 43 da CN/1994 há previsão *habeas data* (§ 3º), de modo a garantir o direito de ação àqueles que desejem tomar conhecimento dos dados a eles referidos e de sua finalidade que constem em registro ou bancos de dados públicos ou privados que sejam destinados a prover informações. Também está previsto o instituto do *habeas corpus* (§ 4º) quando o direito lesionado, restringido, alterado ou ameaçado for a liberdade física ou em casos de agravamento ilegítimo na forma ou nas condições de detenção, ou em caso de desaparecimento forçado de pessoas.

4.1.1 Uma apreciação do denominado “ativismo judicial”

Já a noção de ativismo judicial está conectada a uma ideia de postura mais incisiva do Poder Judiciário no que tange à solução de conflitos. Segundo Barroso (2012, p. 25-26), o ativismo judicial associa-se a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de valores e de fins constitucionais. Existe, assim, uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, quais sejam, o Legislativo e o Executivo.

A postura ativista manifesta-se através de distintas condutas, que abarcam: (i) aplicação direta da Constituição a situações não contempladas expressamente em seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos advindos do legislador fundamentando-se em critérios menos rígidos que os de clara e ostensiva violação da Constituição; e (iii) imposição, notadamente em matéria de políticas públicas, de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2012, p. 26).

A autocontenção judicial é o oposto do ativismo. Essa é a conduta pela qual o Poder Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Nessa linha de atuação, consoante Barroso (2012, p. 26), os juízes e os tribunais: (i) evitam aplicar a Constituição de modo direto a situações que não estejam em sua esfera expressa de incidência e aguardam o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos; e (iii) não interferem na definição das políticas públicas.

A principal distinção metodológica entre as duas posições está em, a princípio, o ativismo judicial procurar *extrair o máximo das potencialidades* do texto constitucional sem invadir o campo da criação livre do Direito. Já a autocontenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2012, p. 26).

Contudo, defende-se aqui que a própria noção de *ativismo judicial* implica juízo de valor negativo, é dizer, de *invasão* do Poder Judiciário na competência dos demais poderes instituídos.

Na verdade, a judicialização de políticas públicas – que abarcam direitos fundamentais sociais – relaciona-se não à *incursão* das demais competências ou à “tentativa de extrair o máximo das potencialidades constitucionais”, mas à defesa da própria Constituição.

Por conseguinte, não há excesso quando o que se busca é justamente o respeito e a garantia de direitos fundamentais sociais.

Judicialização, desse modo, *não é sinônimo* de ativismo judicial. Alegações que aproximam essas posturas tão distintas podem levar a acreditar que julgados que garantem o exercício de determinados direitos fundamentais sociais desempenharam um papel que vai além de suas funções originais.

E isso não condiz e nem é coerente com o Estado Democrático de Direito, que afirma essencialmente defender e garantir direitos fundamentais, inclusive os sociais. Por conseguinte, se o Poder Judiciário atua na defesa de direitos fundamentais (sociais ou não) e, assim, dentro de sua competência, não é possível compreender que houve uma postura ativista, exacerbada, e sim uma concretização do que já estava previsto na Constituição ou mesmo em tratado internacional sobre direitos humanos ratificado e com hierarquia constitucional.

Além disso, é importante ressaltar nesse contexto as *normas constitucionais adscritas*. Essas normas, de acordo com Alexy (2012, p. 73), não são estabelecidas diretamente na Constituição, mas são adscritas às normas diretamente estabelecidas por ela. Isto é, são extraídas hermeneuticamente do texto constitucional⁸⁴. Nessa esteira, segundo Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), muitas vezes, uma atuação judicial considerada ativista por alguns pode ser classificada por outros como uma decisão do Poder Judiciário fundada em norma adscrita.

As normas constitucionais adscritas possuem importância fundamental, pois oferecem um remédio para as aberturas semântica e estrutural das normas diretamente estatuídas no texto constitucional. Portanto, a relação entre uma norma diretamente estatuída e uma norma adscrita é de precisão – já que esta determina o conteúdo semântico da primeira e favorece a sua aplicabilidade – e, ainda, uma relação de fundamentação, na medida em que a primeira fornece o fundamento de validade da segunda (BUSTAMANTE, 2010, p. 155).

A identificação de normas constitucionais adscritas não se trata de conduta arbitrária, mas de exercício do dever de interpretação do Direito que tem o Judiciário. Essa atuação trata-se, assim, do cumprimento, pelo Poder Judiciário, de seu dever, qual seja, aplicar o Direito, interpretando-o. Dessa interpretação, podem advir normas que, embora não expressas, são racionalmente demonstradas como existentes e de nível constitucional.

⁸⁴ Na tradução da obra *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)* para o português, feita por Virgílio Afonso da Silva, as normas constitucionais adscritas são denominadas de “normas de direito fundamental atribuídas”.

4.2 RESPOSTAS À CRÍTICA AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Há críticas à noção de mínimo existencial. Etchichury (2013, p. 175) afirma que, à primeira vista, o conceito de núcleo essencial⁸⁵ parece dar maior força aos direitos fundamentais sociais, fixando uma base não negociável nem redutível.

No entanto, caberia colocar três objeções trazidas pelo doutrinador argentino (2013, p. 175): (i) o risco do emprego do núcleo essencial como álibi para o descumprimento integral dos direitos fundamentais sociais, o que integra também a ideia de que (a) o núcleo essencial poderia conduzir a sacrifícios indevidos, tais como entender que somente parte da população deva receber essa proteção; e, ainda, (ii) a dificuldade para determinar esse núcleo essencial.

O próprio autor argentino rechaça a crítica (item i.a) – relacionada ao descumprimento integral dos direitos fundamentais sociais – que autorizaria o Estado a desproteger a outra parte de sua população. A formulação dos direitos na CN/1994 e nos instrumentos de igual hierarquia reconhece a cada pessoa como titular e não apenas a um grupo. Seria injustificável, no marco de uma democracia deliberativa, limitar os direitos a um grupo de indivíduos quando todas as pessoas devem ter a possibilidade de participar na deliberação para que ela seja legítima (ETCHICHURY, 2013, p. 176).

Do mesmo modo, a CF/1988 assevera no *caput* de seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. E, ainda, o artigo 6º da CF/1988 aduz que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, sem quaisquer diferenciações.

Não há, formalmente, distinção quanto aos indivíduos que devam receber a proteção relacionada aos direitos fundamentais sociais. Defende-se que o mínimo existencial – precisamente o núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação – é universal, ou seja, é direito de todos os indivíduos, que serão titulares desse direito ainda que não o exercitem. Logo, conectar a ideia de prestação estatal à noção de renda ou de cidadania, por exemplo, não é cabível.

Em relação ao direito à saúde, diante de uma *demanda de saúde de primeira necessidade*, mostra-se inviável a estipulação de requisitos para o seu exercício. Mesmo porque, no Brasil, isso poderia configurar, inclusive, os crimes de *omissão de socorro* (artigo

⁸⁵ O autor utiliza a expressão “núcleo mínimo” e não “núcleo essencial”. Utilizaremos nessa dissertação unicamente a expressão “núcleo essencial”, de modo a garantir maior cientificidade ao trabalho.

135, Código Penal)⁸⁶ e de *condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial* (artigo 135-A, Código Penal)⁸⁷. Também na Argentina está tipificada a omissão de socorro a quem colocar em perigo a vida ou a saúde de outra pessoa, colocando-a em situação de desassistência ou abandono (artigo 106, *Código Penal*).

Ainda, sendo conteúdo do mínimo existencial também o núcleo essencial do direito à educação⁸⁸ não se mostra coerente a ausência de universalidade apenas em relação a esse último. Se o mínimo existencial é o conteúdo mínimo de direitos que o indivíduo tem que ter assegurados para a garantia de nível elementar de dignidade humana, não é possível justificar o estabelecimento de um requisito para seu exercício também em relação ao direito à educação.

Isto é, não se mostra razoável denotar uma maior “hierarquia” em relação ao direito à saúde – pois ele seria universal quanto ao seu núcleo essencial – e tratar do direito à educação como possuidor de menor importância – uma vez que ele não seria universal quanto ao seu núcleo essencial.

Soma-se a isso as noções de *indivisibilidade* e de *unidade*⁸⁹ dos direitos fundamentais. E isso também ocorre em razão da ideia de ausência de hierarquia entre os

⁸⁶ **Omissão de socorro**

Artigo 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

⁸⁷ **Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial** (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Artigo 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Pena - detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Parágrafo único - A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

⁸⁸ Considerado, no Brasil, da *educação infantil (creche e pré-escola) até o ensino fundamental* e, na Argentina, da *educação inicial (creche e pré-escola) até a educação secundária básica*.

⁸⁹ O PIDESC determina o princípio da interdependência entre todos os direitos humanos no momento em que aduz, em seu preâmbulo, que “reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”. Esse princípio da interdependência muito se assemelha com a indivisibilidade. Conforme Piovesan (2009, p. 108), “a Declaração [Universal dos Direitos Humanos] afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Nos seus 30 artigos, parte deles traduzem direitos civis e políticos, parte deles traduzem direitos econômicos, sociais e culturais. E o que vem a declarar a impactar na linguagem dos direitos humanos? Vem a dizer: tão importantes quanto os ‘blue rights’ – os direitos civis [individuais] e políticos – são os ‘red rights’. Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de

distintos direitos fundamentais, ou seja, individuais, políticos e sociais. Caso fosse possível restringir um direito fundamental social, seria admissível também restringir *indevidamente* um direito fundamental individual ou político em razão de quem o exerce?

Defende-se que não. Não parece coerente o pensamento de que o mínimo existencial retiraria a universalidade dos direitos fundamentais sociais que dele fazem parte, pois a ideia é justamente a oposta: garantir a *todos os indivíduos* uma vida minimamente digna a partir do cumprimento obrigatório estatal dos núcleos essenciais dos citados direitos fundamentais sociais.

Etchichury (2013, p. 177-178) ainda afirma que para avaliar as limitações aos direitos sociais pode-se utilizar o *princípio da razoabilidade* que a doutrina e a jurisprudência argentinas, em geral, derivam do artigo 28 da CN/1994⁹⁰, diante do risco do emprego do mínimo existencial como álibi para o descumprimento integral dos direitos fundamentais sociais, o que se conecta à crítica (i).

De acordo com essa crítica, o núcleo essencial poderia servir para justificar o descumprimento integral dos direitos fundamentais sociais. Segundo Etchichury (2013, p. 176), mesmo se houvesse uma determinação dos “níveis mínimos” de exercício dos direitos fundamentais sociais, os Estados teriam uma desculpa para não avançar, para permanecer nesse nível.

Por isso, Etchichury sustenta a aplicação do princípio da razoabilidade aos direitos fundamentais sociais. Para tal, segundo Etchichury (2013, p. 178-179) deve-se responder a uma principal pergunta, qual seja: justifica-se essa limitação ao direito fundamental social em questão? Isso requer responder a essas outras perguntas: (i) o direito fundamental social foi violado?; (ii) qual é o objetivo legítimo que o Estado (ou o particular) aduz para explicar ação ou omissão sobre esse direito?; e (iii) é proporcional essa medida (ação ou omissão) para atingir aquele fim (leitura em conjunto com a Constituição e os tratados)?

Um exemplo é de uma pessoa que não consegue ter acesso a um tratamento médico para uma doença. A primeira pergunta é: (i) esta enfermidade representa uma violação ao direito à saúde? Se a resposta for afirmativa, corresponde saber: (ii) qual é o fim legítimo que o Estado alega para explicar a falta de provisão deste tratamento? Uma finalidade pode ser a de preservar a vida do paciente, caso se considere que o único tratamento conhecido implica

interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade”.

⁹⁰ **Artículo 28.-** *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*

demasiados riscos. Outro fim pode ser manter a prática médica dentro de certos cânones éticos, se o tratamento tiver implicações nesta área (ETCHICHURY, 2013, p. 180-181).

É possível indicar a conservação de recursos para destiná-los a enfermidades mais graves ou mais amplas. A partir disto, pode ser questionado se: (iii) é proporcional esta omissão estatal para alcançar o fim perseguido? E deve ser estudado até que ponto a omissão impacta na saúde do paciente ou quão fundada é a afirmação do Estado acerca das objeções éticas ao tratamento etc. (ETCHICHURY, 2013, p. 180-181).

A CSJN tem assinalado, no marco de uma análise da razoabilidade, que a subsistência não pode esperar; garantir a vida mediante ações positivas constitui uma obrigação impostergável das autoridades. Aqui, de acordo com o autor, parece haver um limite à ponderação dentro da razoabilidade: se a regulamentação aplicada a um direito acarreta um risco grave à vida, não pode ser razoável. O limite se faz na irreversibilidade da situação, ou na privação total do direito (ETCHICHURY, 2013, p. 180-181).

Segundo o doutrinador argentino (2013, p. 181-182), o princípio da razoabilidade não oferece resultados exatos ou indiscutíveis. Tal paradigma hermenêutico difere-se do Positivismo (jurídico e também científico) e não pode reiterar a promessa da dogmática tradicional, ou seja, prover o sentido único e correto.

Se considera razonable sólo aquello que puede fundarse legítimamente, a través de argumentos aceptables por los participantes en la deliberación. La razonabilidad deriva de un debate abierto, no limitado a quienes toman decisiones en la esfera pública formal. En el marco de una democracia deliberativa, la razonabilidad también exige considerar y debatir las posturas y argumentos de quienes padecen la violación de sus derechos, a los que debe darse la ocasión de expresarse. (ETCHICHURY, 2013, p. 182).

Etchichury (2013, p. 182) defende que, no lugar de núcleo essencial, deve-se utilizar o princípio da razoabilidade. Esse enfoque de razoabilidade tornaria desnecessário o conceito de núcleo essencial, pois a violação desse último resultaria irrazoável. Alterar a substância do direito (ou eliminá-lo) imporia uma carga desproporcional sobre o titular do direito, o que não poderia ser justificado por nenhum fim invocado (ETCHICHURY, 2013, p. 182).

Respeitosamente, considera-se que, na verdade, o doutrinador argentino não traz uma proposta de como deveria funcionar a determinação da razoabilidade defendida. Ele apenas afirma a necessidade da ocorrência de um debate aberto e não limitado àqueles responsáveis pela tomada de decisões na esfera pública formal.

Etchichury (2013, p. 182-183) sustenta que, de modo a determinar a razoabilidade da ação ou omissão estatal, deve ser considerado o princípio da progressividade. Ele pode ser

encontrado no artigo 2.1 do PIDESC, segundo o qual cada Estado se compromete a adotar medidas, em particular legislativas, para lograr progressivamente, por todos os meios apropriados, a plena efetividade dos direitos nele reconhecidos. Já o artigo 11.1 do PIDESC reconhece o direito a uma melhoria contínua das condições de existência, o que também serve de base à progressividade.

Igualmente, esse mesmo princípio está expresso no artigo 75, inciso 23, da CN/1994, cujo mandamento inclui promover medidas de ação positiva que garantam o pleno exercício dos direitos constitucionais e dos direitos constantes em tratados internacionais sobre direitos humanos detentores de igual hierarquia.

Logo, há a presença tanto da questão relacionada ao risco do emprego do núcleo essencial como alibi para o descumprimento integral dos direitos fundamentais sociais [crítica (i)] quanto do ponto a respeito da dificuldade de determinação desse núcleo essencial [crítica (ii)] na defesa de Etchichury aos princípios da razoabilidade e da progressividade.

Todavia, não é possível vislumbrar como o reconhecimento de um direito fundamental ao mínimo existencial seria contrário aos princípios da razoabilidade e da progressividade defendidos por Etchichury. *A ideia de mínimo existencial não afasta a noção de razoabilidade ou mesmo de progressividade.* Tais compreensões podem *coexistir em harmonia* de modo a permitir que os indivíduos tenham seus direitos fundamentais sociais mínimos resguardados. Assim, será possível garantir a dignidade humana ao menos em patamar elementar.

O mínimo existencial não tem como finalidade “engessar” os direitos fundamentais sociais a que cada indivíduo faz jus. Pelo contrário, ele torna definitivos os núcleos essenciais dos direitos fundamentais sociais que são o seu conteúdo, uma vez que o Poder Público não poderá eximir-se do cumprimento dos mesmos. Mas isso não significa que eles serão o “*teto*” dos direitos fundamentais sociais: eles são o “*piso*”. Por isso, não é possível conjecturar que o mínimo existencial atente contra o princípio da razoabilidade.

Do mesmo modo, não há impedimento relacionado à *progressividade* dos direitos fundamentais sociais. É dizer, conforme supramencionado, o mínimo existencial não “engessa” os direitos fundamentais sociais. Inclusive, a progressividade é *pressuposta* ao mínimo existencial justamente por ser apenas o primeiro passo da garantia estatal aos direitos fundamentais sociais.

Não há uma interpretação regressiva nem qualquer impedimento quanto à progressão na prestação estatal. Tão somente entende-se que em determinado momento histórico e em determinado país, o mínimo existencial – ou seja, os núcleos essenciais de

determinados direitos fundamentais sociais mínimos – não poderá deixar de ser prestado pelo Estado responsável. O que não significa, novamente, que o Estado responsável deverá ser ater àquele mínimo existencial, pois ele é apenas o início da prestação estatal. É, literalmente, o mínimo que o Estado deve garantir de forma definitiva para que os indivíduos tenham uma vida digna em patamar elementar.

4.3 ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O principal problema relativo à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais decorre do fato de que nenhum país possui recursos financeiros suficientes para atender, ilimitadamente, às exigências de todos. Portanto, faz-se necessário, para satisfazê-las, escolher quais devem ser efetivadas, sendo essas escolhas políticas (SCAFF, 2005, p. 84).

Mesmo no plano do mínimo existencial, não deixa de ocorrer um comprometimento de recursos públicos, especificamente nos países denominados “periféricos”. Por exemplo, prestações consideradas como inequivocamente necessárias à preservação da vida com um mínimo de dignidade humana podem ser extremamente onerosas (SARLET, 2012, p. 358). Esses limites orçamentários conectam-se ao *argumento da reserva do possível*, resposta frequente dos entes federados nas demandas em que figuram no polo passivo e cujos objetos são prestações positivas fáticas.

A noção da reserva do possível foi desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, no paradigmático caso⁹¹ versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, entendeu que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Segundo Toledo (2016, p. 824), o mencionado Tribunal foi acionado para fixar entendimento *erga omnes* quanto ao estabelecimento de critérios objetivos e explícitos para a restrição do ingresso de estudantes ao ensino superior, pois existia divergência jurisprudencial acerca da matéria entre os tribunais administrativos de Hamburgo e da Bavária. Foram elencados, na decisão, parâmetros constitucionalmente admitidos para essa finalidade, como o esgotamento de vagas disponíveis em todas as instituições daquele país, conjugado à prioridade de relocalar os alunos considerando-se a escolha do lugar de ensino feito por eles.

⁹¹ A reserva do possível foi enfrentada em 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no *leading case* “BVerfGE 33, 303, *numerus clausus*”.

O ponto de destaque desse julgamento no sentido de construção de um conceito de mínimo existencial, conforme Toledo (2016, p. 824), foi a demarcação da ideia de reserva do possível como um elemento essencial àquele conceito. Assim:

Chegou-se à especificação da reserva do possível a partir da *contraposição* entre o interesse *individual* do candidato de ingressar no ensino superior (se provar a qualificação necessária) e o interesse *coletivo* de custeio dos cursos universitários. Houve então a determinação de que a pretensão individual permanece nos limites do *razoavelmente exigível*. Isto é, foi admitida a restrição à liberdade de escolha profissional do indivíduo, na medida em que se entendeu como elevado o provável risco ao bem coletivo, em caso de ingresso indiscriminado nos cursos superiores. (TOLEDO, 2016, p. 824-825)

Por conseguinte, dessa exposição se extrai não somente o esboço da ideia de *ponderação* entre interesse *individual* e *coletivo*, mas inclusive a estrutura de *gradação* na relação de afetação entre ambos os interesses (TOLEDO, 2016, p. 825). Desse modo, a maior contribuição dessa sentença foi enfatizar a necessidade de *razoabilidade* do pedido, isto é, a razoabilidade de a sociedade arcar com o ônus da satisfação daquele interesse individual pleiteado.

De acordo com Ione Maria Domingues de Castro (2012, p. 105), o mencionado Tribunal negou o pedido⁹² e firmou entendimento de que a realização dos direitos fundamentais sociais que estivessem além do mínimo existencial seria condicionada à existência de recursos orçamentários. Assim, é atribuída ao Estado a decisão sobre a alocação dos recursos entre os diversos setores orçamentários, de forma a atender, inclusive, a outros interesses da coletividade.

O conceito utilizado no Brasil de *reserva do possível* aduz que a efetividade dos direitos fundamentais sociais a prestações fáticas estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, já que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A reserva do possível passou a traduzir a ideia de que os direitos fundamentais sociais a prestações positivas materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Tal disponibilidade habitaria o

⁹² Trata-se de processo recebido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em razão de decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo de Hamburgo e pelo Tribunal Administrativo Bávaro de Munique. Questionava-se a constitucionalidade do artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo e também do artigo 4º da Lei de Admissão aos Estabelecimentos de Ensino Superior da Baviera. Ambas as leis foram indagadas pelos critérios de admissão ao ensino superior em cursos de medicina, com base no direito à livre escolha da profissão e do local da formação, ambos previstos no artigo 12 da Lei Fundamental alemã de 1949. Após longa fundamentação, o Tribunal Constitucional alemão rejeitou a pretensão do demandante de declaração de inconstitucionalidade das disposições legais supracitadas e a almejada criação de vagas necessárias para a admissão de alunos ao curso de Medicina (SGARBOSSA, 2009, p. 90-91). Aquele tribunal concluiu haver uma limitação fática condicionada pela “*reserva do possível*” (CASTRO, 2012, p. 105).

campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188).

Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 188-189) afirmam que mesmo o Estado possuindo os recursos e tendo o poder de disposição, não seria possível falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Todavia, tal razoabilidade, conforme mencionado alhures, conecta-se à ideia de a sociedade arcar com o interesse individual pleiteado. Isto é, o que é razoavelmente exigido é extraído da ponderação entre os interesses individual e coletivo.

No Brasil, o paradigmático caso *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) n. 45 – MC/DF, que data de 29/04/2004, trouxe o *argumento da reserva do possível* à discussão referente à efetivação e implementação dos direitos fundamentais sociais, cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige desse, prestações positivas concretizadoras dessas prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Entendeu-se no julgamento da citada ADPF que a realização dos direitos fundamentais sociais – além de caracterizar-se pela gradação de seu processo de concretização – depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Poder Público. Assim, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira daquele, não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da CF/1988 (BRASIL, 2004)⁹³.

Porém, não se mostrará lícito, ao Poder Público – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele censurável propósito de fraudar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (BRASIL, 2004).

Os condicionamentos impostos pelo argumento da reserva do possível ao processo de concretização dos direitos fundamentais sociais são traduzidos em um binômio que abrange, “de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas” (BRASIL, 2004).

Ainda que a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas que são responsabilidade daqueles políticos eleitos, reconhece-se que nem a liberdade de conformação do legislador nem de atuação do Poder Executivo sejam absolutas.

⁹³ O julgamento da ADPF n. 45 pode ser encontrado em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, *aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo*, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (BRASIL, 2004) (grifos nossos)

Quanto à Argentina, o argumento da reserva do possível aparece sob o nome de “*cláusula de disponibilidad de recursos*”. A escassez de recursos econômicos oferece a primeira barreira a qualquer reclamação por direitos sociais. Pode invocar-se a referência ao “máximo dos recursos de que [o Estado] disponha”, incluída, por exemplo, no artigo 2º do PIDESC⁹⁴, como limite para a efetividade dos direitos sociais. Toma-se isso como uma autorização velada para não respeitar esses direitos ou sujeitá-los à discricionariedade dos poderes (ETCHICHURY, 2013, p. 227).

Porém, a referência ao “máximo de recursos disponíveis” não impede a exigibilidade desses direitos. Com efeito, essa cláusula não pode ser interpretada como uma autorização para desrespeitar os direitos fundamentais sociais. Isso implicaria uma concepção contraditória do Pacto em questão: um documento no qual os Estados reconhecem os direitos fundamentais sociais para logo introduzir uma expressão que os torne ineficazes ou inexigíveis. Tal concepção viola o princípio do *pacta sunt servanda*. Mesmo que este limite (disponibilidade de recursos) integre o PIDESC, não pode ter o sentido de eliminar toda obrigação estatal em matéria de direitos fundamentais sociais, abrindo um campo amplíssimo para a discricionariedade. Se assim o fosse, o PIDESC teria perdido seu sentido como instrumento internacional (ETCHICHURY, 2013, p. 227-229).

A expressão apenas pode se referir ao máximo possível dos recursos de um Estado, considerados em seu conjunto. Não se refere somente aos fundos designados à saúde ou à educação. De outro modo, o Poder Público poderia descumprir suas obrigações simplesmente atribuindo nenhum orçamento (ou muito pouco) às áreas referentes aos direitos fundamentais

⁹⁴ **Artigo 2.º 1.** Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no *máximo dos seus recursos disponíveis*, de modo a assegurar *progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados*, incluindo em particular por meio de medidas legislativas. (...) **3.** Os países em vias de desenvolvimento, tendo em devida conta os direitos do homem e a respectiva economia nacional, podem determinar em que medida garantirão os direitos econômicos no presente Pacto a não nacionais. (grifos nossos)

sociais e, ante uma reclamação, poderia contestar que o nulo ou escasso orçamento não permite fazer mais (ETCHICHURY, 2013, p. 229).

Conforme Etchichury, (2013, p. 231), trata-se, no fundo, de uma análise da razoabilidade, ressaltando-se a ideia de que os princípios, garantias e direitos reconhecidos nos artigos constitucionais não poderão ser alterados por leis que regulamentem seu exercício (artigo 22, CN/1994). Deve-se revisar se esses limites aos direitos podem ser justificados como proporcionais⁹⁵ ao fim buscado, qual seja, assegurar a efetividade de direitos para todos, ou inclusive sustentar a viabilidade financeira do Estado.

A cláusula de disponibilidade de recursos não habilita uma simples via de escape para os Estados que descumprem os direitos fundamentais sociais utilizando declarações orçamentárias insuficientes.

Trata-se de lidar com situações de autêntica crise ou escassez, de emergências genuínas que aparecem ante os governos como verdadeiras dificuldades. Mas, em geral, um direito fundamental social segue sendo exigível sempre que existam recursos disponíveis. Logo, o princípio da razoabilidade, no caso argentino, será invocado a fim de perceber se a restrição a um direito fundamental social, mediante a cláusula de disponibilidade de recursos, é razoável, apropriada (ETCHICHURY, 2013, p. 232)⁹⁶.

De todo modo, acompanha-se aqui o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, no *leading case BVerfGE 33, 303, numerus clausus*, no sentido de que não caberá ao Poder Público invocar o *argumento da reserva do possível* diante do maior peso atribuído ao interesse *individual* frente ao interesse *coletivo*, após a ponderação, enfatizando-se a necessidade de *razoabilidade* do pedido.

Também segue-se a compreensão do STF julgamento da ADPF n. 45, haja vista que esse *leading case* enuncia a ideia da ilicitude de o Poder Público criar obstáculo artificial com o objetivo de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de *condições materiais mínimas de existência*.

⁹⁵ De acordo com Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), importante destacar que o termo “proporcional” é aqui utilizado em seu sentido comum, não técnico. Não se refere à “máxima da proporcionalidade” proposta por Alexy.

⁹⁶ Sublinha-se que não há, nesse pensamento, noção da máxima da proporcionalidade, pois não há colisão principiológica. De acordo com Toledo (Reunião de orientação, Juiz de Fora-MG, 2017), trata-se de relação (de origem matemática) de avaliação de grandeza, intensidade, grau. A referência é a meios, pois são eles que estão sendo avaliados. Essa é a grande diferença entre *razoabilidade* e *proporcionalidade* na sua aplicação às colisões entre princípios.

Portanto, defende-se que o argumento da reserva do possível não poderá ser invocado quando se tratar do mínimo existencial, cujo conteúdo é formado pelo núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação.

4.4 JORNADAS DO DIREITO À SAÚDE E PROJETO DE LEI N. 8058/2014 NO BRASIL

Não é possível ignorar que a execução de políticas públicas de saúde transcendeu os limites de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que o Poder Judiciário é constantemente chamado a decidir o caso concreto. Diante desse quadro, é necessário expandir e fortalecer o diálogo entre os operadores do Direito e os gestores da saúde, de modo a contribuir para o progresso desejado pela sociedade (SCHULZE, 2015, p. 09-10).

A fim de identificar quais seriam as demandas imprescindíveis, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o evento *Jornada do Direito da Saúde*, cujo resultado foi a elaboração de diversos enunciados com o fornecimento de diretrizes para o Poder Judiciário (TOLEDO, 2016, p. 832).

Em 2014, o CNJ promoveu sua I Jornada de Direito da Saúde com a finalidade de reunir autoridades das áreas do Direito e da saúde de modo a debater os principais temas relacionados à judicialização da saúde. Almejava-se, sobretudo, produzir e aprovar enunciados interpretativos voltados à uniformização de entendimentos e auxiliar as decisões dos agentes de saúde e dos integrantes do sistema de saúde (SCHULZE, 2015, p. 08).

A abertura democrática foi um aspecto importante do evento e permitiu a participação de juízes, membros do Ministério Público, da advocacia, da Defensoria Pública, das Procuradorias, além de médicos, gestores públicos e agentes de operadoras de planos de saúde e também representantes da sociedade civil. O resultado da I Jornada foi a aprovação de quarenta e cinco enunciados (SCHULZE, 2015, p. 08).

Já a II Jornada de Direito da Saúde, que é a mais recente, ocorreu em 2015 e com ela adveio a aprovação de mais 22 enunciados objetivando orientar decisões do Poder Judiciário relacionadas ao direito à saúde. A intenção, novamente, foi debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos a respeito daquele direito.

Deve-se sublinhar, ainda, que o Poder Legislativo também se mostra sensível à situação, ainda que timidamente. O Projeto de Lei (PL) n. 8058/2014, apresentado em 04/11/2014, trata-se de proposta de criação de um processo especial⁹⁷ para o controle e

⁹⁷ **Artigo 2º. Parágrafo único.** O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário com o objetivo de auxiliar o magistrado e as partes a dirimirem conflitos de ordem pública.

Na justificativa do mencionado PL, afirma-se que o controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros e que ainda há – a despeito da dedicação da doutrina e da jurisprudência, sobretudo do STF, à matéria – dificuldades oriundas da falta de informações e dados a respeito do tema. Portanto, é preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e também criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com intervenção do Poder Público e da sociedade, isto é, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos “conflitos de ordem pública” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 12).

Nessa esteira, destaca-se o artigo 7º desse PL, que aduz que, se o pedido envolver o *mínimo existencial* ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela. Já o parágrafo único desse artigo considera o mínimo existencial como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela CF/1988, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Corroborando o que foi argumentado nesse capítulo (item 4.2) em relação às críticas ao mínimo existencial, o PL n. 8058/2014 traz, nos incisos II e III de seu artigo 2º, concomitantemente as noções de *razoabilidade* e de *garantia do mínimo existencial*⁹⁸. Isso

I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;

II – policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;

III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;

IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;

V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;

VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;

VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;

VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;

IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;

X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

⁹⁸ **Artigo 2º.** O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

I – proporcionalidade;

II – *razoabilidade*;

III – *garantia do mínimo existencial*;

IV – justiça social;

V – atendimento ao bem comum;

VI – universalidade das políticas públicas;

VII – equilíbrio orçamentário. (grifos nossos)

apoia o raciocínio no sentido de que não há qualquer problema na convivência harmônica de ambas as compreensões dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Ressalta-se, por fim, que a intenção firmada nas Jornadas de Saúde do CNJ e no Projeto de Lei n. 8058/2014 é que a intervenção judicial em políticas públicas não crie problemas insolúveis para a Administração Pública e para a população, auxiliando o(a) magistrado(a) a decidir com base em dados e critérios objetivos, parâmetros racionais e seguros na conjuntura de um Estado Democrático de Direito.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO BRASIL E DA ARGENTINA QUANTO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

5.1 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) BRASILEIRO

O caso paradigmático relacionado ao mínimo existencial no Brasil foi a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 – MC/DF*, cujo julgamento ocorreu em 29/04/2004. Mesmo sendo uma decisão monocrática do relator, ministro Celso de Mello, ela é um marco na pesquisa do direito ao mínimo existencial no Brasil⁹⁹.

A ADPF foi promovida contra o veto emanado do Presidente da República, que incidiu sobre o § 2º do artigo 55 (que posteriormente foi renumerado para artigo 59) de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Sustenta-se na citada ADPF que o veto presidencial desrespeitou preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional (EC) 29/2000, concebida para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

A decisão monocrática determinou o arquivamento da medida cautelar (MC) na ADPF por perda superveniente do objeto. Essa perda ocorreu em razão do encaminhamento pelo Poder Executivo, após a propositura de ação, de projeto de lei que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou integralmente o § 2º do artigo 59 da LDO, nele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidiu o veto executivo¹⁰⁰. O objetivo perseguido na ADPF n. 45

⁹⁹ De seu julgamento extrai-se a seguinte Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

¹⁰⁰ Com o advento da Lei n. 10.777/2003, a LDO, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material:

Artigo 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: **Artigo 59 § 3º** Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

foi alcançado com a edição da Lei n. 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar a situação de prejudicialidade da ADPF n. 45, o relator reconheceu que essa se qualifica como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas. Isso quando tais políticas – previstas no texto da CF/1988, tal como sucede no caso da EC 29/2000 – venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria CF/1988¹⁰¹.

Entendeu-se que não se inclui no âmbito da competência do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, já que tal encargo incide, inicialmente, sob os poderes Legislativo e Executivo. Excepcionalmente, contudo, essa incumbência poderá ser atribuída ao Poder Judiciário se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem por ação ou omissão os encargos político-jurídicos que são a eles referentes.

Além disso, o paradigmático caso também trouxe o *argumento da reserva do possível*¹⁰² à discussão que se relaciona à efetivação e à implementação dos direitos fundamentais sociais.

Tal decisão é de 2004. Houve, portanto, um avanço no sentido de se entender a necessidade de se garantir a dignidade humana, ainda que em patamar elementar, no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, cabe sublinhar que o STF já tratou do mínimo existencial em julgados posteriores. Aludiu-se à ADPF n. 45 e ao mínimo existencial no contexto daquele Tribunal Constitucional no período de 2013 a 2014. Todavia, o conteúdo do mínimo existencial não foi claramente estabelecido, haja vista que, além do direito à saúde, o acesso à Defensoria Pública foi considerado como parte daquele em alguns julgados. Logo, não houve um tratamento científico perpetrado ao mínimo existencial e nem o estabelecimento de parâmetros de atuação do Poder Judiciário (ANGELUCCI, 2015, p. 79-84).

Do mesmo modo, de 2014 a 2015 também ocorreu menção ao mínimo existencial em nosso Tribunal Constitucional. Novamente, houve referência à ADPF n. 45 quanto ao mínimo

§ 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.

¹⁰¹ Essa atribuição conferida ao STF evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional conferida àquele Tribunal, “que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam (...) com as liberdades positivas, reais ou concretas” (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da CF/1988, comprometer a integridade da própria ordem constitucional.

¹⁰² O argumento da reserva do possível foi abordado no capítulo 4.

existencial, a fim de reforçar os argumentos lá trazidos. O direito à saúde foi abordado em um caso, mas mencionou-se o mínimo existencial no bojo de um recurso cujo objeto era a pensão militar por morte (GOMES, 2016, p. 82-86). Novamente, o conteúdo do mínimo existencial não foi tratado de forma científica, mas meramente retórica.

Porém, ao se comparar esses períodos (2013-2014 e 2014-2015), torna-se possível perceber que diminuiu o número de julgados que de alguma forma mencionavam o mínimo existencial. Se em 2013-2014 foram encontradas quatro decisões relacionadas ao tema, em 2014-2015 essa quantia foi reduzida a apenas duas decisões.

No período pesquisado no Brasil nessa dissertação – qual seja, de dezembro de 2015 a novembro de 2016 – não se encontrou um único acórdão do STF que abarque diretamente o mínimo existencial. Apenas há menção a ele no nome de obra¹⁰³ utilizada para fundamentar decisão¹⁰⁴ em acórdão que data de 03/12/2015.

Diante da ausência de julgados referentes especificamente ao mínimo existencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mostrou-se necessário pesquisar julgamentos referentes aos direitos à saúde e à educação realizados pelo STF no supracitado período de dezembro de 2015 a novembro de 2016.

5.1.1 Casos relacionados ao direito à saúde no Brasil

Inicialmente, destaca-se novamente que o projeto de pesquisa “*Direitos Fundamentais em Função da Dignidade Humana: Estudo Comparativo em Distintos Contextos Internacionais*”, iniciado em 2013, originou essa pesquisa e que o estudo

¹⁰³ A citação é: “o seu [do brasileiro] direito fundamental social à saúde deve ser garantido e implementado de forma ampla pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, para todos, independentemente de qualquer diferenciação, pois a saúde como prevenção ou cura da doença, bem como a proteção da qualidade de vida, demanda a sua tutela de acordo com os parâmetros fornecidos pela Constituição de 1988, que adotou esse moderno conceito de saúde nas suas formulações. LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba, Juruá, 2014.”.

¹⁰⁴ Trata-se do *RE 581.488/RS*, no qual se julgou o acesso de paciente à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Considerou-se, unanimemente, a inconstitucionalidade dessa prática e a validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo SUS. As ideias de universalidade e equanimidade no serviço público de saúde mostraram-se incompatíveis com práticas como a da “diferença de classes” (BRASIL, 2015, p. 10-11).

O procedimento da “diferença de classes”, como o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, mas também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando os princípios da igualdade e da dignidade humana (artigos 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da CF/1988). Por fim, entendeu-se que não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, na esfera do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação (BRASIL, 2015, p. 01-02).

relacionado ao tema já foi realizado nos períodos de 2013 a 2014 (ANGELUCCI) e de 2014 a 2015 (GOMES). Por conseguinte, almeja-se aqui atualizar a noção de mínimo existencial no Brasil, o que abarca o núcleo essencial do direito à saúde.

Os acórdãos encontrados na presente pesquisa referentes ao direito à saúde tiveram como questão principal a ser debatida não a identificação do núcleo essencial daquele direito – principal ponto no que tange ao estudo do direito à saúde nessa dissertação – mas a responsabilidade solidária dos entes federados no fornecimento de medicamentos e na assistência à saúde.

Assim, o tema mais relevante no tratamento desse assunto não foi abordado pelo STF, que versou tão somente de tópico conexo, pois, mais importante do que saber *quem é* responsável pelo fornecimento de medicamentos e na assistência à saúde, é ter conhecimento *do que* faz parte desse núcleo essencial.

É o que ocorre no *RE 894.085-AgR/SP*, julgado em 15/12/2015, que trata da obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos pelos entes federados a portador de enfermidade grave.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF.

1. *É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.*

2. *O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG/SE¹⁰⁵, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. (BRASIL, 2015, p. 01) (grifos nossos)*

Outros acórdãos¹⁰⁶, já no ano de 2016, trazem o mesmo posicionamento e, muitas vezes, citam o caso paradigmático RE 855.178-RG/SE.

¹⁰⁵ O acórdão referido é o tange ao caso paradigmático resultante do Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe, julgado em 05 de março de 2015 e dotado de repercussão geral. Nele, o Tribunal entendeu, por unanimidade, que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente” (BRASIL, 2015, p. 01).

¹⁰⁶ A título de exemplificação, o RE 930.647-AgR/PR, de 15/03/2016, tratou da *responsabilidade solidária dos entes federados no que tange à assistência à saúde*. O RE 953.711-AgR/PE e o RE 892.590-AgR/RN, de 16/09/2016, também são importantes. De acordo com as (idênticas) Ementas dos mencionados julgamentos, *a jurisprudência do STF é firme no sentido de que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios* (BRASIL, 2016, p. 01).

Um desses julgamentos pelo STF foi o *RE 926.469-AgR/DF*, de 07/06/2016. O caso envolve, novamente, a questão de fornecimento, pelo Poder Público, de medicamento não padronizado, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade.

Todavia, causa estranheza o fato de o artigo 196 da CF/1988 ser enxergado como de “caráter meramente programático” pelo STF¹⁰⁷. Se a saúde é um direito subjetivo, não pode ter caráter programático. Isso é alvo de críticas na presente dissertação, pois entender que um direito detém programaticidade é retirar dele a cobrança imediata que lhe é inerente em razão do § 1º do artigo 5º da CF/1988. Ou seja, é compreender a saúde não como um “direito”, já que, por definição, o direito subjetivo é justiciável e, caso se retire essa característica, está-se diante de outro instituto, que não um direito subjetivo.

Igualmente, no *RE 831.915-AgR/RR*, julgado em 05/04/2016, ressaltou-se que não assiste razão ao agravante sustentar que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento que não conste da lista do SUS. Aquele não pode desobrigar-se do dever de propiciar os meios necessários ao exercício do direito à saúde por todos os cidadãos. Por conseguinte:

Se uma pessoa necessita, para *garantir o seu direito à vida*, de medicamento que não esteja na lista daqueles oferecidos gratuitamente pelas farmácias públicas, é dever solidário da União, do Estado e do Município fornecê-lo. (BRASIL, 2016, p. 04-05).
(grifos nossos)

De todo modo, essas decisões muito se aproximam da noção de *demandas de saúde de primeira necessidade* apresentada no capítulo 3 (item 3.1.1), já que a garantia do direito à vida ultrapassa a necessidade de presença de determinado medicamento na lista do SUS, sendo tal garantia dever solidário dos entes federados. Portanto, defende-se que tal lista é exemplificativa e não taxativa.

Já o *RE 943.547-AgR/RS*, de 17/03/2016, tratou de cirurgia a ser realizada no SUS. Segundo o voto do Relator, “o acórdão de origem concluiu pela *inocorrência de demonstração de urgência* capaz de fazer com que o procedimento do recorrente tivesse prioridade em relação aos demais particulares” (BRASIL, 2016, p. 01). Consequentemente, não restou demonstrada a urgência da realização de cirurgia, o que pode significar, mais uma vez, que *não se tratava de uma demanda de saúde de primeira necessidade*.

¹⁰⁷ “1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do *caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal*, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. (...)” (grifos nossos)

Interessante é o *RE 701.353-AgR/RN*, julgado em 26/08/2016. Sabe-se que o direito à saúde abrange também uma *dimensão preventiva*, motivo pelo qual o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ingressou com uma ação civil pública devido à omissão do Poder Público quanto às medidas de prevenção e combate à dengue. A referida ação objetivou reformar a decisão que desproveu o recurso extraordinário com agravo sob o fundamento de ausência de preliminar de repercussão geral suficientemente fundamentada e em razão do acórdão recorrido estar em consonância com a jurisprudência do STF. Contudo, o Tribunal Constitucional brasileiro não entendeu pela existência da repercussão geral necessária ao recurso extraordinário. A afirmação de que a questão tem alcance econômico, político e social não seria suficiente para demonstração da repercussão geral, exigindo-se que o recorrente demonstrasse concretamente que a controvérsia ultrapassa os interesses subjetivos da causa (BRASIL, 2016, p. 02).

A prevenção, entretanto, é uma das dimensões do direito à saúde, o que acarreta críticas acerca dessa suposta ausência de repercussão geral. Um caso paradigmático nesse sentido em muito poderia contribuir para a dimensão preventiva supracitada, essencialmente no que tange ao combate à dengue, doença que aflige tantos indivíduos no Brasil.

Em síntese, é bem clara a noção de que o STF firmou entendimento sobre a responsabilidade solidária dos entes federados para o atendimento à saúde no que tange ao fornecimento de medicamentos e à prestação de assistência à saúde. E, ainda, que houve aproximação quanto à noção de *demandas de saúde de primeira necessidade*. Entretanto, outras importantes questões, tais como a dimensão preventiva do direito à saúde, deixaram de ser tratadas da mesma forma.

5.1.2 Casos relacionados ao direito à educação no Brasil

A pesquisa quanto ao direito à educação no Brasil foi relacionada também ao período de dezembro de 2015 a novembro de 2016. Esse limite temporal foi estabelecido a fim de possibilitar uma análise mais precisa das decisões recentes acerca desse tema, de modo a respeitar o caráter científico da presente dissertação.

Mais uma vez, cumpre sublinhar a pesquisa aqui realizada teve início no projeto de pesquisa “*Direitos Fundamentais em Função da Dignidade Humana: Estudo Comparativo em Distintos Contextos Internacionais*”, começado em 2013. Assim, o estudo relacionado ao tema já foi realizado nos períodos de 2013 a 2014 (ANGELUCCI) e de 2014 a 2015 (GOMES). Deseja-se atualizar nessa dissertação a noção de mínimo existencial no Brasil, o

que engloba também o direito à educação. Ocorre que em ambas as pesquisas supracitadas não houve menção ao núcleo essencial do direito à educação. Todavia, as autoras trouxeram acórdãos que abordavam o mínimo existencial, ainda que tais julgados não abordassem o conteúdo daquele de forma científica, o que foi alvo de críticas realizadas por elas nos dois estudos.

Diante da inexistência de enfoque ao mínimo existencial no período ora analisado, serão avaliados julgados especificamente relacionados ao direito à educação, de forma a tornar possível uma análise comparativa.

Sendo assim, dois foram os acórdãos que dizem respeito ao direito à educação entre dezembro de 2015 e novembro de 2016.

O *RE 839.629-AgR/DF*, de 02/02/2016, trata do caso de criança com necessidade educacional especial e objetiva o acompanhamento da mesma por monitor, abarcando o tema de políticas públicas. No caso em tela, entendeu-se que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote *medidas assecuratórias* de direitos constitucionalmente reconhecidos como *essenciais*, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º da CF/1988. Além disso, afirma-se que a jurisprudência do STF é no sentido de que também não viola o princípio da separação dos poderes o controle pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos praticados pelos demais poderes (BRASIL, 2016, p. 01).

Nessa esteira, o STF manteve o direito da criança portadora de necessidade educacional especial de contar com o acompanhamento de um monitor na rede pública de ensino, de modo que o seu direito à educação fosse, de fato, garantido.

Mais um caso é o referente ao *RE 896.076-AgR/SC*, de 14/10/2016. Nele almejava-se o transporte escolar de alunos matriculados nos ensinos fundamental e médio na rede pública estadual. Para tal, argumentou-se que o entendimento fixado no acórdão recorrido está em harmonia com a inteligência do STF no tocante à possibilidade de o Poder Judiciário determinar, *em bases excepcionais*, a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição (BRASIL, 2016, p. 01). Ainda, que a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos e é dever do Estado propiciar os meios que viabilizem o seu exercício (BRASIL, 2016, p. 03).

O STF compreendeu, por unanimidade, que o transporte escolar, vinculado ao direito à educação, deveria ser provido pelo Poder Público, no caso, o estado de Santa Catarina. Portanto, a jurisprudência daquele Tribunal Constitucional “firmou-se no sentido de que a

educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos e é dever do Estado propiciar os meios que viabilizem o seu exercício” (BRASIL, 2016, p. 03).

Nesse diapasão, percebe-se que não foram muitas as ações que requereram que o Poder Público cumprisse sua obrigação para com a garantia do direito à educação, não existindo nelas vinculação com o núcleo essencial do direito à educação no Brasil.

Considera-se que o mencionado núcleo abarca a *educação infantil (da creche à pré-escola para crianças de zero a cinco anos)* e o *ensino fundamental*. Nenhuma ação no período pesquisado requereu, por exemplo, mais vagas nessas etapas educacionais, o que seria decidido por subsunção, uma vez que o direito ao mínimo existencial é um direito definitivo, e sem a possibilidade do uso do argumento da reserva do possível, consoante essa dissertação. Por outro lado, houve a exigência de adoção de medidas assecuratórias para a garantia do direito à educação para criança portadora de necessidade especial e, ainda, de transporte público para alunos matriculados nos ensinos fundamental e médio.

5.2 ENTENDIMENTO DA *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN* (CSJN) ARGENTINA

Nessa pesquisa não foram encontradas na jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN) argentina menções ao “mínimo existencial” ou mesmo ao “mínimo vital”, sendo essa última expressão utilizada por países latino-americanos tais como a Colômbia (ANGELUCCI, 2015) e o México (GOMES, 2016).

Logo, diferentemente de outras nações da América Latina, a Argentina – ao menos jurisprudencialmente em sua CSJN – não se aproximou, de modo literal, do mínimo existencial. Por essa razão, a ideia de mínimo existencial – para o presente estudo e para fins meramente didáticos – foi dividida nos *direitos à saúde e à educação*.

A pesquisa foi realizada em relação aos acórdãos da CSJN no ano de 2004 – período no qual houve a primeira manifestação acerca do mínimo existencial no Brasil por meio do julgamento da ADPF n. 45 – e entre os anos de 2015 a 2016 – em semelhança ao critério adotado no estudo da jurisprudência brasileira, visando a melhor viabilizar o estudo comparativo – em uma tentativa de mostrar a visão daquele país quanto aos direitos supramencionados¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Para tal, utilizou-se o site de busca de jurisprudência da CSJN (<<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/buscar.html>>) com as seguintes palavras-chave: “*mínimo vital*”; “*mínimo existencial*”; “*derecho al mínimo vital*”; “*derecho al mínimo existencial*”; “*derecho a la salud*”; e

Cumpra observar que, a despeito do que ocorreu no Brasil com o caso paradigmático relacionado à supracitada ADPF 45 em 2004, *no mesmo ano não houve menção ao mínimo existencial*. Do mesmo modo, nenhum resultado foi encontrado no período de 2015 a 2016.

Devido à escassez jurisprudencial no tocante ao tema no período comparado, optou-se por trazer algumas decisões proferidas pela CSJN em anos anteriores a 2004 e ao marco temporal de 2015 a 2016, de modo a compreender, aproximadamente, o tratamento perpetrado àqueles direitos.

5.2.1 Casos relacionados ao direito à saúde na Argentina

As províncias possuem poder para delimitar suas políticas de saúde, cabendo ao Estado conduzir a área de saúde por meio do desenho de programas, ditando normas e executando ações que permitam a coordenação entre os diferentes setores¹⁰⁹.

Entretanto, devido a essa liberdade entre as províncias, as demandas relacionadas ao direito à saúde ocorrem mais nos tribunais administrativos e provinciais. São poucos os casos presentes na CSJN. Sublinha-se que um dos focos dessa pesquisa é o tratamento perpetrado pelos Tribunais Constitucionais de ambos os países e, assim, não foram estudados os citados tribunais administrativos e provinciais.

Um caso paradigmático relacionado ao direito à saúde na CSJN é de 2000. Trata-se de *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. 24/10/2000 – Fallos: 323:3229* (ARGENTINA, 2010, p. 152). A CSJN, por maioria, confirmou a sentença apelada e fundamentou-se em premissas como (ARGENTINA, 2010, p. 152-154): (i) o direito à vida e à saúde das crianças está resguardado pelos tratados internacionais com hierarquia constitucional¹¹⁰; (ii) a partir do disposto nos tratados internacionais, o direito à preservação da saúde – compreendido dentro do direito à vida que é o *primeiro direito* do ser humano reconhecido pela CN/1994 – deve ser garantido pela autoridade pública com *ações positivas*,

“*derecho a la educación*”, com o marcador “*frase exacta*”. Procurou-se o tema, ainda, na seção “*fallos relevantes (2003-2016)*” e também na seção “*derecho a la salud*” (ambas as seções estão disponíveis em: <<https://sj.csjn.gov.ar/sj/boletines.jsp>>), ressaltando-se que o marcador “*derecho a la educación*” é inexistente nessa área do site de busca da CSJN.

¹⁰⁹ Conforme tratado no capítulo 3, a Argentina possui três subsistemas de saúde: público, Obras Sociais e medicina pré-paga. O setor público, objeto da presente pesquisa, é formado pelos hospitais públicos e centros de atenção primária da saúde e funciona sob coordenação dos Ministérios e Secretarias de Saúde em níveis nacional, provincial e municipal. Esse subsistema pode prestar serviços gratuitos a toda a população.

¹¹⁰ O julgado cita os seguintes tratados internacionais: PIDESC; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Declaração Universal de Direitos Humanos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica; e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

sem prejuízo das obrigações que devam assumir as jurisdições locais, as Obras Sociais ou as entidades de medicina pré-paga; e (iii) o *interesse superior da criança* deve ser protegido por outras considerações, por todos os departamentos governamentais.

Além disso, considerou-se que (iv) o papel de liderança exercido pelo Estado Nacional no campo da saúde e o trabalho do Ministério da Saúde e Ação Social – fixar as políticas sanitárias e levar a cabo a política de medicamentos – são evidentes para garantir a regularidade dos tratamentos de saúde, coordenando suas ações com as Obras Sociais e os estados provinciais, sem diminuir a organização federal e descentralizada em causa¹¹¹; e que (v) a *Ley n. 24.901/1997*¹¹² criou um sistema de prestações básicas “de atenção integral a favor das pessoas com deficiência”. Porém, de acordo com a ênfase posta nos tratados internacionais para preservar a vida das crianças, o Estado não pode evitar suas obrigações ao fazer recair o maior peso na realização do serviço de saúde nas entidades que nem sempre têm dado proteção assistencial adequada¹¹³.

O direito à saúde também do adulto portador de deficiência foi tratado no caso *Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo. 24/05/2005 – Fallos: 328:1708*. Entendeu-se, nesse caso paradigmático, que (i) o direito à saúde, quando se trata de *enfermedades graves*, encontra-se intimamente relacionado ao *direito à vida*, que está reconhecido pela CN/1994 e pelos tratados internacionais que têm hierarquia constitucional, segundo o artigo 75, inciso 22, da *Constitución Nacional*. Logo, a autoridade pública tem a *obligación impostergável de garantir esse direito com ações positivas*, sem prejuízo das

¹¹¹ Ainda, a existência de uma Obra Social que deva cumprir o Programa Médico Obrigatório não pode redundar em prejuízo aos afiliados e menos ainda às crianças. Caso se aceite a interrupção da assistência em razão das obrigações postas a cargo daquela, se estabeleceria um caso de discriminação inversa em relação à mãe do menor que, além de não contar com prestações oportunas do organismo, careceria do direito à atenção pública de saúde. Isso colocaria o Estado Nacional em flagrante violação dos compromissos assumidos no cuidado da saúde (ARGENTINA, 2010, p. 152).

¹¹² **Artículo 1º** - *Institúyese por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Artículo 2º* - *Las obras sociales (...) tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.*

¹¹³ Também o caso *Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional — Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas — Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad. 16/10/2001 — Fallos: 324:3569* novamente trouxe a questão relacionada à obrigação estatal quanto ao direito à saúde de criança com deficiência (ARGENTINA, 2010, p. 225). Nele, entendeu-se que: (i) o direito à preservação da saúde *é uma obrigação impostergável da autoridade pública*, que deve garantir esse direito com ações positivas, sem prejuízo das obrigações que devam assumir para seu cumprimento as jurisdições locais, as Obras Sociais e a medicina pré-paga; (ii) a *Ley n. 24.901/1997*, em seu artigo 4º, asseverou que o Estado e seus organismos dependentes devem assegurar a atenção do sistema de prestações básicas de saúde para as pessoas com deficiência que não contem com cobertura de Obras Sociais e careçam dos meios necessários para executar o programa de atenção sanitária e colocá-lo em jurisdições locais (...).

obrigações que devam assumir em seu cumprimento as jurisdições locais, as Obras Sociais ou as entidades de medicina pré-paga (ARGENTINA, 2010, p. 288-289).

Ainda, compreendeu-se que (ii) a interrupção da entrega da medicação e a falta de resposta à autora ante o requerimento de sua renovação resultam matéria de reprovação, pois isso *colocou em risco seu direito à vida e à saúde*¹¹⁴ (ARGENTINA, 2010, p. 288-289).

Há, portanto, uma ideia próxima à noção de *demanda de saúde de primeira necessidade*, já que se apreendeu que o direito à vida é o *primeiro direito do ser humano* reconhecido pela CN/1994 e por tratados internacionais que têm hierarquia constitucional.

O caso *Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo. 12/03/2002 – Fallos: 325:396* aproximou-se da noção de mínimo existencial, mas não fez menção sequer à expressão “mínimo vital”. A autora, por direito próprio e também representando seus oito filhos menores, promoveu ação de amparo contra o *Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación*, a Província de Buenos Aires e o Hospital (público) Garrahan com o objetivo de que fossem respeitados *os direitos a uma alimentação saudável, à saúde, à educação e a uma moradia digna*. Solicitou que fosse fornecida uma “*taxa alimentar*”, prestações e atenção médicas, em especial a uma de suas filhas que padecia de cardiopatia congênita.

A CSJN, por maioria, afastou o amparo interposto por não ter percebido a existência de atos ou omissões que, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, tivessem afetado ou ameaçado os direitos invocados pelos autores¹¹⁵. O paradigma aplicado pela CSJN foi: (i) a via do amparo intentada resulta inadmissível, enquanto não se demonstra que os acionados tenham negado de forma direta a educação ou as prestações médicas requeridas; (ii) a pretensão de que o Ministério do Desenvolvimento Social e Meio Ambiente e a província de Buenos Aires garantam uma “*taxa alimentar*” que cubra todas as necessidades básicas resulta improcedentes caso os autores não tenham demonstrado atos ou omissões estatais que afetem ou ameacem os direitos invocados; (iii) não é competência da CSJN emitir juízos de valor gerais das situações cujo governo não lhe foi confiado nem alocar discricionariamente os recursos orçamentários disponíveis, pois não é a ela que a CN/1994 confia a satisfação do

¹¹⁴ Além disso, as obrigações emergentes do marco normativo examinado – e a condição de deficiente da autora – impõem às autoridades locais o dever de articular um mecanismo eficaz para canalizar a entrega do medicamento com a urgência e a continuidade que o caso exige, sem que isso implique desconhecer o dever de coordenação do Estado Nacional, mediante o Ministério da Saúde, que deve cuidar subsidiariamente de modo a não frustrar o direito de amparo.

¹¹⁵ Os juízes Fayt e Boggiano, em dissidência, sustentaram que seria possível dar prosseguimento à pretensão, uma vez que não se está requerendo, no caso, medidas governamentais de alcance geral, mas apenas aquelas que, a juízo dos autores, satisfariam seus direitos “mais primários”.

bem-estar geral nos termos de seu artigo 75, incisos 18 e 32¹¹⁶ (ARGENTINA, 2010, p. 234-235).

Ou seja, nesse caso, que ocorreu em 2002 e, portanto, após a reforma constitucional de 1994, a CSJN rechaçou o papel do Poder Judiciário em garantir determinados direitos fundamentais sociais, especificamente o direito à saúde, à educação e à moradia. Compreendeu-se, assim, que caberia ao Poder Legislativo a satisfação do bem-estar geral, o que afastou a judicialização em relação às políticas públicas.

Diante do exposto, é possível notar que a judicialização na CSJN, no que diz respeito à saúde pública, é pequena na Argentina e apenas teve força quando se tratou de menor de idade (*interés superior del niño*) ou mesmo de adulto com algum tipo de deficiência. Também se percebe uma aproximação com a ideia de *demanda de saúde de primeira necessidade*, porquanto se considerou a importância do direito à vida naquela ordem jurídica.

A responsabilidade quanto ao direito à saúde é delegada mais às Obras Sociais ou mesmo à medicina pré-paga do que ao Poder Público. Os tribunais provinciais são chamados com mais frequência a solucionar demandas que envolvem o direito à saúde do que a CSJN, mesmo em razão da liberdade que cada província possui quanto à efetivação desse direito fundamental social. Além disso, *não há uma responsabilidade solidária dos entes federados em relação à assistência à saúde, diferentemente do que ocorre no Brasil*.

5.2.2 Casos relacionados ao direito à educação na Argentina

Um julgamento relacionado ao direito à educação no que tange à obrigação do Poder Público em provê-la data de 12/08/2003. Não há outros julgados referentes à responsabilidade estatal quanto ao direito à educação, pelo menos na CSJN. O único caso encontrado trata-se de *Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo*. F. 466. XXXVII. 12/08/2003 – Fallos: 326:2637 (ARGENTINA, 2003).

Nele, a *Corte Superior de Justicia de Tucumán*, por maioria, admitiu o recurso de queixa e de inconstitucionalidade articulados pela mencionada província contra a sentença da Câmara no contencioso administrativo local e negou provimento à ação de amparo interposta por Josefina Ferrer de Leonard e Juan Bautista Ferreyra em representação de seus filhos

¹¹⁶ **Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso:*

18. *Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria (...).*

32. *Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.*

menores de idade. Essa ação almejava que o Estado provincial tornasse efetiva a prestação educacional a seus rebentos matriculados no terceiro ciclo da *Educación General Básica* (EGB)¹¹⁷ (ARGENTINA, 2003, p. 03).

Os autores afirmavam que a província – ao dispor que o 7º ano foi transferido do nível de educação média para o segundo nível de educação básica – modificava indevidamente o terceiro ciclo da EGB, cujo regime uniforme em todo o país foi acordado pelo *Consejo Federal de Cultura y Educación* consoante o que foi delineado pela *Ley Federal de Educación* (SCIOSCIOLI, 2015, texto *online*). Sublinha-se que o terceiro ciclo aduzido no caso supracitado é referente ao 7º, ao 8º e ao 9º anos (hoje são atinentes ao 1º, ao 2º e ao 3º anos da educação secundária básica).

Os integrantes da CSJN entenderam que não havia nos atos impugnados arbitrariedade manifesta e irrazoabilidade que habilitasse a procedência, pois todas as deficiências apontadas pela Câmara para declarar sua nulidade não aparecem com a evidência exigida por lei, considerando-se o complexo marco jurídico que regula o sistema educacional na Argentina. Ainda, apontaram que as faculdades que a *Resolución n. 146/2000* do *Consejo Federal de Cultura y Educación*¹¹⁸ atribui às províncias legitimam o decreto provincial questionado¹¹⁹. Também consideraram os argumentos da demandada referentes à escassez de recursos econômicos e à necessidade de otimizar sua utilização para estender o novo sistema educacional à totalidade dos alunos (ARGENTINA, 2003, p. 03)

Por conseguinte, o RE foi declarado improcedente e os autores não obtiveram a garantia da requerida prestação educacional a seus filhos matriculados no terceiro ciclo da EGB na Argentina em razão de especificidades – inclusive as possibilidades orçamentárias – na implementação do sistema educacional da província na qual residiam.

A obrigatoriedade atual – consoante a *legislação* – de prestação da EGB abarca (i) a educação inicial (crianças a partir de quatro anos de idade); passando pela (ii) educação geral básica 1 ou primária (1º ao 6º ano, contemplando crianças de seis a onze anos de idade); até a

¹¹⁷ Os autores interpuseram RE. Afirmaram que há questão federal, pois os atos impugnados e que foram convalidados pela *Corte Superior de Justicia de Tucumán* transgridem as normas constitucionais e os tratados internacionais com hierarquia constitucional que garantem a igualdade de oportunidades e a não discriminação. Isso em razão suposta modificação do então terceiro ciclo da EGB, que deveria ter regime uniforme em todo o país.

¹¹⁸ **Artículo 1º:** *Recomendar, por las razones expresadas en los considerandos, que las jurisdicciones conserven la autonomía necesaria para la adecuación de la Resolución C.F. C. y E. N° 30/93 a las propias realidades de los sistemas educativos jurisdiccionales.*

Artículo 2º: *Reafirmar que la autonomía convenida se inscribe en el marco de la implementación gradual y progresiva de la Ley Federal de Educación.*

¹¹⁹ Além disso, seria necessário esgotar as vias ordinárias antes de chegar à CSJN e, em tese, os demandantes não demonstraram a falta de efetividade de outras vias judiciais para tutelar o direitos supostamente afetado pelos atos da demandada, de modo que a ação de amparo resultou improcedente (ARGENTINA, 2003, p. 17).

(iii) educação secundária básica (1º, 2º e 3º anos, respectivamente, indivíduos com 12, 13 e 14 anos de idade). Portanto, comparativamente ao Brasil, a responsabilidade do Poder Público em relação ao direito à educação na Argentina é até o ensino fundamental, não incluindo o ensino médio.

Não houve mais casos referentes à judicialização do direito à educação na Argentina na CSJN. Isso demonstra que inexistiu, até os dias atuais, responsabilização – ao menos pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, alvo do presente estudo – do Poder Público pela garantia do mencionado direito. Assim como ocorre direito à saúde, não há demandas recentes quanto ao direito à educação.

Ressalta-se, finalmente, que durante a pesquisa foi possível perceber que tais pedidos ocorrem, na maioria das vezes, nos tribunais provinciais, que não são alvo de estudo nessa dissertação. Por essa razão, compreende-se que a judicialização do direito à educação – pelo menos no que concerne à CSJN, isto é, à jurisdição constitucional – é praticamente inexistente na Argentina.

Isso pode levar às seguintes conclusões: (i) o direito à educação é alvo de fortes políticas públicas que geram uma satisfação à população no que se refere a esse direito (entendimento que é menos provável); (ii) as ações relacionadas ao direito à educação ocorrem nos tribunais provinciais; e (iii) a CSJN se exime – ainda que tacitamente – da implementação e da fiscalização de políticas públicas, deixando-as a cargo do Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

No contexto de um Estado Democrático de Direito, o indivíduo deve possuir (i) *igualdade de oportunidades* para ter (ii) *igualdade material* e consequentemente (iii) *liberdade fática*. Isso poderá ser vislumbrado por meio dos (iv) *direitos fundamentais sociais*, especialmente o (v) *mínimo existencial*, cuja essência é garantir o acesso a um (vi) nível elementar de dignidade humana.

Os direitos sociais são dotados de *fundamentalidade*, assim como os direitos individuais e políticos. Isso significa que todos são direitos fundamentais, não havendo diferenciação entre eles no tocante à importância de efetivação. Por conseguinte, os direitos fundamentais sociais, assim como os direitos fundamentais individuais e políticos, são imediatamente aplicáveis.

Do mesmo modo, os direitos fundamentais sociais são *justiciáveis*, isto é, são detentores de justiciabilidade, o que denota a possibilidade de reclamar perante o Poder Judiciário o seu cumprimento. Por outro lado, o reconhecimento judicial de todo o conteúdo desses direitos será uma questão de ponderação no caso concreto.

O fato é que os direitos fundamentais sociais exigem dos entes públicos uma *postura ativa* em relação à sua concretização. O Poder Público não pode simplesmente omitir-se de atuar para garantir aqueles direitos, devendo, obrigatoriamente, realizar *políticas públicas*. Contudo, não é rara a inocuidade das previsões constitucionais e legislativas no que tange à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

É necessário sublinhar, ainda, que a supracitada efetivação não será decorrente *apenas* da previsão literal de determinados direitos fundamentais sociais, uma vez que os direitos fundamentais – inclusive os sociais – não estão inseridos somente de modo expresso na Constituição. Especificamente o *direito ao mínimo existencial*, alvo de estudos na presente dissertação, foi hermeneuticamente extraído, tornando-se conteúdo de *norma constitucional adscrita*.

Quanto ao *conceito do mínimo existencial*, sustenta-se que este é *reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos cujo núcleo essencial deve ser judicialmente garantido*. Isso ocorre em razão de *o mínimo existencial apresentar-se como necessário para se alcançar a dignidade humana em nível elementar*.

Todavia, por sua própria particularidade, não é possível inserir, de modo aleatório, direitos no *conteúdo do mínimo existencial*, uma vez que essa ação retiraria a força vinculante e a exigibilidade imediata que lhes são características. Se assim não o fosse, o “mínimo” se

tornaria um “máximo”. Salienta-se, nessa esfera, que a exigibilidade imediata é garantida exclusivamente aos direitos definitivos ao passo que direitos na sua “máxima potencialidade” são direitos *prima facie*.

Nesse sentido, vale sublinhar que o “*mínimo existencial*” diferencia-se do “*mínimo vital*”, pois exige, além da dimensão biológica compreendida pelo direito à saúde, também uma dimensão sociocultural, preenchida pelo direito à educação. Considera-se, pois, que o conteúdo do mínimo existencial abrange o núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação.

O posicionamento conclusivo é conforme o pensamento de Alexy no sentido de que o direito ao mínimo existencial detém a estrutura de regra, ou seja, não pode ser ponderado e é imediatamente exigível do Poder Público. Por esse motivo afirma-se que *o direito ao mínimo existencial é o único direito fundamental definitivo*. Todos os demais são *prima facie*.

Há críticas imputadas ao mínimo existencial, tais como (i) o risco do emprego do núcleo essencial como alibi para o descumprimento integral dos direitos fundamentais sociais, o que integra também a ideia de que (a) o núcleo essencial poderia conduzir a sacrifícios indevidos, tais como entender que somente parte da população deva receber essa proteção; e, ainda, (ii) a dificuldade para determinar esse núcleo essencial.

Defende-se que o direito ao mínimo existencial é *universal*, a despeito da crítica (item i. a, acima). É dizer, é direito de qualquer indivíduo residente no país – *independentemente de renda e de nacionalidade* – e deve ser provido pelo Poder Público, pois é direito subjetivo. Consequentemente, feriria as próprias noções de *direito subjetivo* e de *dignidade humana* qualquer tipo de pré-requisito para a garantia do direito ao mínimo existencial e da consequente dignidade humana em nível elementar.

No que tange à comprovação de renda, a ideia de que se indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares, conforme aduz Alexy, não se apresenta em consonância à própria noção de mínimo existencial, uma vez que a responsabilidade de efetivação desse direito para todos é do Poder Público.

Em relação à nacionalidade, sublinha-se que o estrangeiro residente no país também é detentor do direito ao mínimo existencial. Isso é em razão, em síntese, de não haver qualquer restrição constitucional quanto à nacionalidade para o exercício dos direitos fundamentais sociais, diferentemente do que ocorre nos direitos fundamentais políticos. Ainda, não é razoável, especificamente quanto ao mínimo existencial, restringir o acesso a um nível elementar de dignidade humana por motivos de nacionalidade.

Por seu turno, caberá a ponderação no caso concreto quando se tratar de direito fundamental social não abarcado pelo mínimo existencial, podendo tal direito ser ou não provido a quem o demandar.

Cumprido ressaltar também que o mínimo existencial é o “*piso*” dos mencionados direitos. Ele não é e não objetiva ser o “*teto*” dos direitos fundamentais sociais. Não se denota que a obrigação dos entes federados encerra-se no mínimo existencial: ela apenas se inicia nele, razão pela se discorda da crítica (i). Não há impedimento relacionado à *progressividade* dos direitos fundamentais sociais, que é pressuposta ao mínimo existencial.

Sustenta-se que *o conteúdo do mínimo existencial variará consoante as circunstâncias socioeconômicas de cada país*. A crítica (ii), a respeito da dificuldade em determinar o conteúdo daquele, igualmente não procede, uma vez que as análises constitucional, legislativa, doutrinária e jurisprudencial são ferramentas que possibilitam o aferimento do mínimo existencial em distintas nações.

Inclusive, em razão dessa variação, na presente dissertação almejou-se compreender o conteúdo do mínimo existencial em dois países latino-americanos: *Brasil e Argentina*.

Após ampla pesquisa, concluiu-se que, diferentemente do que ocorre em nosso país, não há, na jurisprudência constitucional argentina analisada, o conceito de mínimo existencial ou mesmo mínimo vital. A diferença entre mínimo existencial e mínimo vital, por exemplo, nem se põe na Argentina, onde não se trabalha com esses conceitos.

Em relação ao Brasil, a ADPF n. 45, caso paradigmático a respeito do tema, convalidou a noção de mínimo existencial em 2004. Todavia, durante a pesquisa observou-se que, *no período de dezembro de 2015 a novembro de 2016, não houve nova menção ao mínimo existencial na jurisprudência do STF*, exceto em relação ao nome de uma obra utilizada para fundamentar uma decisão relacionada ao direito à saúde, distintamente do que ocorreu entre 2013 e 2014 (ANGELUCCI) e entre 2015 e 2016 (GOMES).

Porém, na doutrina brasileira há grande pesquisa em relação ao mínimo existencial e, ainda, o Poder Legislativo também já se manifestou a respeito através do PL n. 8058/2014. Ou seja, o direito ao mínimo existencial, a despeito da ausência de sua menção literal no tribunal constitucional pátrio, continua sendo abordado no Brasil.

A ideia de garantir a dignidade humana, ainda que em patamar elementar, permanece nos acórdãos do STF, essencialmente no que tange ao direito à saúde. Nesses julgados, há a noção de *demandas de saúde de primeira necessidade*, no sentido da exigência de que demandas relacionadas diretamente ao direito à vida sejam obrigatoriamente providas, apesar de não existir alusão a esse termo. Além disso, nos referidos acórdãos, a responsabilidade dos

entes federados, em relação ao fornecimento de medicamentos e à assistência à saúde, foi considerada *solidária*. Contudo, a dimensão preventiva do direito à saúde ainda está desapojada.

Destarte, quanto aos direitos fundamentais mínimos que compõem o mínimo existencial, defende-se que o *núcleo essencial do direito à saúde são as demandas de saúde de primeira necessidade*. O que determina se uma *demanda de saúde* é ou não de *primeira necessidade* é sua essencialidade para uma *vida digna*. Assim, não basta a garantia de uma sobrevivência, mas de uma vida com nível de saúde digno.

Quanto ao direito à educação, através de pesquisa de normas constitucionais e infraconstitucionais, além de doutrina, conclui-se que, em razão de o mínimo existencial ser *progressivo* e em consonância às condições econômicas e sociais de cada país em um dado momento histórico, somente (i) *educação infantil (da creche à pré-escola para crianças de zero a cinco anos)* e (ii) *ensino fundamental (indivíduos de seis a catorze anos)* estão compreendidas no *núcleo essencial do direito à educação no Brasil*.

A obrigatoriedade do ensino médio não se mostra exequível em nosso atual contexto socioeconômico. Caso integre o núcleo essencial do direito à educação, essa etapa educacional será exigível ao Estado por todo indivíduo residente no Brasil, em qualquer espaço do território nacional, já que essa prestação se apresentará como direito subjetivo. E, sendo o conteúdo do mínimo existencial definido segundo as condições socioeconômicas do país de que se trata, as condições fáticas atuais do Brasil não viabilizam a concreta universalização nacional do ensino médio.

Inclusive, a EC 95/2016, também abordada nessa pesquisa, mostra-se como mais um motivo para se concluir pela exclusão do ensino médio no núcleo essencial do direito à educação, haja vista que aquela emenda atinge diretamente esse direito em razão do congelamento de gastos – e também investimentos – sociais por vinte anos.

Portanto, *mostra-se inviável hodiernamente incluir o ensino médio no núcleo essencial do direito à educação* de modo a evitar retóricas políticas.

Em relação à jurisprudência, não foram encontrados acórdãos que se conectem, por exemplo, à garantia de mais vagas na educação básica obrigatória e gratuita. No período pesquisado, a judicialização relacionou-se a decisões efetuadas pelo STF quanto ao deferimento de pedidos tais como os provimentos, pelo Poder Público, de acompanhamento por monitor de criança com necessidade educacional especial e de transporte escolar.

Já na Argentina, *diante da ausência de definição jurisprudencial do mínimo existencial pela CSJN, e para a finalidade desta pesquisa, traçou-se um paralelo entre os*

direitos à saúde e à educação naquele país. Seguiu-se o mesmo raciocínio no sentido de que o mínimo existencial, visando a garantir a dignidade humana, ainda que em patamar elementar, tem como conteúdo uma dimensão biológica e também uma dimensão sociocultural.

Nesse diapasão, sublinha-se que a doutrina argentina defende que a utilização dos *princípios da razoabilidade e da progressividade* tornaria desnecessário o uso do conceito de núcleo essencial. Contudo, o entendimento acerca da proteção à vida e à dignidade humana, ainda que minimamente, encontra-se consolidado na CN/1994, no PIDESC e em normas infraconstitucionais. Entende-se analogamente, portanto, que a essência do mínimo existencial encontra-se presente na Argentina, a despeito da ausência de sua utilização terminológica e científica, uma vez que também se almeja, conclusivamente, garantir a dignidade humana a todos os indivíduos, ainda que minimamente.

Todavia, naquele país a judicialização dos direitos fundamentais sociais na CSJN não é forte. O último julgamento referente ao direito à saúde data de 2005, ao passo que o último acórdão no que tange ao direito à educação é de 2003. *Devido à inexistência de acórdãos no período estudado no Brasil, foram utilizadas, para fins de ilustração desses direitos na Argentina, decisões da CSJN que se encontram fora do mencionado corte temporal.*

É importante salientar que os tribunais provinciais argentinos são os maiores detentores de demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais em estudo. Porém, um dos objetivos dessa pesquisa foi estudar a judicialização dos direitos à saúde e à educação nos tribunais constitucionais do Brasil e da Argentina e, por isso, eles não foram abarcados neste estudo.

Os julgados encontrados na CSJN relacionados ao direito à saúde se aproximam da noção de *demanda de saúde de primeira necessidade*. Essencialmente, houve provimento das ações quando se trata de criança (*interés superior del niño*) ou de pessoa com deficiência. Sublinha-se que na maioria das vezes a responsabilidade, no que tange ao direito à saúde, é deixada a cargo das Obras Sociais (o setor de seguro social obrigatório na Argentina) ou da medicina pré-paga e não do Poder Público especificamente (ainda que esse último também seja responsável). E, diferentemente do que ocorre no Brasil, entende-se haver *responsabilidade concorrente* dos entes públicos na obrigação de garantia do direito à saúde na Argentina.

De todo modo, defende-se que o núcleo essencial do direito à saúde na Argentina também se relaciona à noção de *demanda de saúde de primeira necessidade*, pois a CN/1994

e o PIDESC, por exemplo, ratificaram a importância de proteção à vida e a consequente responsabilidade do Poder Público.

No que diz respeito ao direito à educação, houve, no período estudado, apenas um caso quanto à obrigação do Poder Público em provê-lo. Não se decidiu pela obrigação plena e pública da implementação *imediata* do novo sistema educacional na Argentina na província de Tucumán à época.

Mais uma vez, utilizou-se nessa pesquisa das noções apresentadas através das normas constitucionais, do PIDESC, da legislação e da doutrina argentinas. Também mediante um raciocínio paralelo ao entendimento brasileiro, compreendeu-se que o núcleo essencial do direito à educação na Argentina abarca: (i) *educação inicial (universal e obrigatório, a fortiori, para crianças de 45 dias a cinco anos)*; (ii) *educação primária (crianças de seis a onze anos)*; e (iii) *educação secundária básica (indivíduos de doze a catorze anos)*. Os demais níveis e modalidades serão alvos de ponderação pelo Poder Judiciário.

Em suma, considerando a análise presente nesse estudo, conclui-se que mínimo existencial: (i) é universal; (ii) é o único direito fundamental definitivo, imediatamente exigível, sem ponderações, devendo ser subsumido no caso concreto; (iii) é o “pisso” dos direitos fundamentais sociais, mas é progressivo; (iv) o seu conteúdo variará consoante as condições socioeconômicas de cada país; e (v) por garantir a dignidade humana em patamar elementar e abranger uma dimensão biológica e outra sociocultural, abarca analogamente o núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação no Brasil e na Argentina.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/8_Proteccion_judicial.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

_____.; SILVA, Rogério Luiz Nery da. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 165-178.

_____. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, p. 09-30, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8041/6835>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANGELUCCI, Paola Durso. Conceito, conteúdo e efetividade do “mínimo existencial” em Robert Alexy: uma análise comparativa entre Brasil e Colômbia. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). 89 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora-MG. 2015.

ARGENTINA. Cámara argentina de la construcción. *Sector Salud: Proyecciones 2016-2025*. Área de Pensamiento Estratégico, jul. 2015.

_____. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo. *Causa n. 17279 Ccalp Asesoría de Incapaces n. 1 - La Plata c/ Fisco de la Provincia e Otros s/ Amparo*. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/10/2016-09-13-cca-la-plata_asesor3ada-de-incapaces-nc2b0-1-lp-c-pcia-bs-as-estructural-relocalizacic3b3n-familias-ctrl-judicial-pp-grupos-vulnerables.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Centro de Información Judicial. *Agencia de noticias del Poder Judicial*. Derecho a la vivienda: la Corte ordenó a la Ciudad poner fin a la situación de calle de una madre y su hijo discapacitado. Disponível em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-9003-Derecho-a-la-vivienda--la-Corte-ordeno-a-la-Ciudad-poner-fin-a-la-situacion-de-calle-de-una-madre-y-su-hijo-discapacitado.html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Constitución (1994). *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1994. Disponible em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acceso em: 30 ago. 2016.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallo Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*. Disponible em: <<http://www.cij.gov.ar/nota-9003-Derecho-a-la-vivienda--la-Corte-ordeno-a-la-Ciudad-poner-fin-a-la-situacion-de-calle-de-una-madre-y-su-hijo-discapacitado.html>>. Acceso em 19 nov. 2016.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Fallos Relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2016)*. VII Conferencia Nacional de Jueces. Disponible em: <http://old.csjn.gov.ar/data/relevantes2003_2016.pdf>. Acceso em: 22 nov. 2016.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia. *Derecho a la Salud*. 1. ed. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010. Disponible em: <<http://old.csjn.gov.ar/data/dsalud.pdf>>. Acceso em: 22 nov. 2016.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo*. 2003. Disponible em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=9673>>. Acceso em: 23 nov. 2016.

_____. *Decreto 1276/1996, de 07 de noviembre de 1996*. Disponible em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40303/texact.htm>>. Acceso em: 29 nov. 2016.

_____. *Decreto Nacional n. 455/2000, de 08 de junio de 2000*. Aprobación del Marco Estratégico-Político para la Salud de los Argentinos. Disponible em: <<http://www.saij.gov.ar/455-nacional-aprobacion-marco-estrategico-politico-para-salud-argentinos-dn20000000455-2000-06-08/123456789-0abc-554-0000-0002soterced?>>. Acceso em 22 nov. 2016.

_____. *Ley n. 11.179, de 27 de agosto de 1922*. Código Penal de la Nación Argentina, 1984 (actualizado). Disponible em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#15>>. Acceso em: 31 jan. 2017.

_____. *Ley n. 23.660, de 05 de enero de 1989*. Obras sociales. Disponible em: <http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/ley_23660__ley_de_obras_sociales.pdf>. Acceso em: 22 nov. 2016.

_____. *Ley n. 23.661, de 05 de enero de 1989*. Sistema Nacional del Seguro de Salud. Disponible em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/63/norma.htm>>. Acceso em: 22 nov. 2016.

_____. *Ley n. 24.901, de 05 de noviembre de 1997*. Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad. Disponible em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47677/norma.htm>>. Acceso em: 29 nov. 2016.

_____. *Ley n. 25.724, de 27 de diciembre de 2002*. Programa de Nutrición y Alimentación Nacional. Disponible em: <<http://www.sipi.siteal.org/pt/node/7>>. Acceso em: 29 nov. 2016.

_____. *Ley n. 26.058, de 08 de setiembre de 2005*. Ley de Educación Técnico Profesional Disponible em: <<http://www.inet.edu.ar/wp-content/uploads/2012/10/ley-26058.pdf>>. Acceso em: 13 nov. 2016.

_____. *Ley n. 26.206, de 2006*. Ley de Educación Nacional. Disponible em: <http://www.me.gov.ar/doc_pdf/ley_de_educ_nac.pdf>. Acceso em: 12 nov. 2016.

_____. *Ley n. 27.045, de 23 de diciembre de 2014*. Disponible em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/240450/norma.htm>>. Acceso em: 12 nov. 2016.

_____. Ministerio de Educación. *Plan Nacional de Educación Obligatoria*. Aprobado por Resolución n. 79/09 del Consejo Federal de Educación. Buenos Aires, 28 de mayo de 2009. Disponible em: <<http://www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/res09/79-09-anexo01.pdf>>. Acceso em: 13 nov. 2016.

_____. Ministerio de Salud. Consejo Federal de Salud Argentino (COFESA). RICCHERI, Pilar Rodríguez; TOBAR, Federico. *Actor clave en la construcción de un federalismo sanitario efectivo*, Buenos Aires, julio 2003. Disponible em: <<http://www.calidadensalud.org.ar/Documentos/seminario2509/COFESA-Tobar.pdf>>. Acceso em: 29 out. 2016.

_____. Ministerio de Salud de la Nación. Posgrado em Salud Social y Comunitaria. *Módulo 05: Políticas de Salud*. Buenos Aires, 2016. Disponible em: <http://www.msal.gov.ar/equiposcomunitarios/images/stories/Equipos/posgrado-salud-social-comunitaria/modulo_5_2016_web.pdf>. Acceso em: 10 nov. 2016.

_____. *Resolución n. 146/00 C.F.C. Y E, de 21 de diciembre de 2000*. Disponible em: <<http://www.me.gov.ar/consejo/resoluciones/res00/146-00.pdf>>. Acceso em: 29 nov. 2016.

_____. Universidad de la Punta. Educación para la Salud. La Atención Médica. *Niveles de organización. Organización Hospitalaria*. Disponible em: <http://contenidosdigitales.ulp.edu.ar/exe/educacion_salud/la_atencin_mdica__niveles_de__organizacin__organizacin_hospitalaria.html>. Acceso em: 24 jan. 2017.

ARMIÑANA, Elina S Mecle. Los derechos sociales en la Constitución Argentina y su vinculación con la política y las políticas sociales. In: ZICCARDI, Alicia (Org.). *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía*. Los límites de las políticas sociales en América Latina. Buenos Aires: CLACSO, 2001. p. 37-54.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible em: <https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_s_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html>. Acceso em: 19 out. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 01, n. 01, p. 133-160, jul./dez. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 159-187.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Thesis*, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, p. 23-32, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELLÓ, Mariana; BECERRIL-MONTEKIO, Victor M. Sistema de salud de Argentina. *Salud pública de México*, v. 53, suplemento 02 de 2011, p. 96-108.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda à Constituição n. 277-A. 2009*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/636747.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Câmara Notícias*. Parte das despesas primárias está fora da PEC do Teto dos Gastos Públicos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/517567-PARTE-DAS-DESPESAS-PRIMARIAS-ESTA-FORA-DA-PEC-DO-TETO-DOS-GASTOS-PUBLICOS.html>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. *Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2017.

_____. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016*. Altera o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 16 de dezembro de 2016.

_____. Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). *Pense SUS. Atendimento*. Disponível em: <<http://pensesus.fiocruz.br/atendimento>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

_____. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. *Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006*. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. *Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. *Lei 13.006, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 07 nov. 2016.

_____. Ministério da Educação. *Planejando a Próxima Década*. Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE), 2014. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. *Diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil*. Brasília: MEC, SEB, 2010.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Promoção da Saúde*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_promocao_saude_3ed.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

_____. Procuradoria Regional da República da 4ª Região. *Observações Gerais e Finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=CDESC>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

_____. *Projeto de Lei n. 8.058, de 2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1284947.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

_____. Senado Federal. Agência Senado. *Promulgada Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar n. 5658 Distrito Federal*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 701.353 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 26/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11636791>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 831.915 Roraima*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 05/04/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10879141>>. Acesso em 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 839.629 Distrito Federal*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 02/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10412931>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 850.121 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 05/04/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10879541>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 896.076 Santa Catarina*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 14/10/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11955930>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 914.243 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Data de julgamento: 28/10/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12035951>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 914.634 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 15/12/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10362689>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 926.469 Distrito Federal*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Data de julgamento: 07/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11202259>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 930.647 Paraná*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Data de julgamento: 15/03/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10696189>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 933.857 Rio Grande do Norte*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 16/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10490721>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 935.824 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Data de julgamento: 09/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11556470>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 936.301 Espírito Santo*. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de julgamento: 15/03/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10676040>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 937.166 Minas Gerais*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 28/10/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12078528>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 940.966 Rio de Janeiro*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 08/03/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10658211>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 943.547 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 17/05/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11075815>>. Acesso em 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 947.823 Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Edson Fachin. Data de julgamento: 28/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11804723>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 950.503 Paraná*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 09/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878926>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 953.711 Pernambuco*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Data de julgamento: 16/09/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11765125>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 956.975 Rio Grande do Sul*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 09/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11544974>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Segundo Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 960.127 Paraná*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 18/11/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095983>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 963.221 Santa Catarina*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 28/10/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12036651>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 966.207 Ceará*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 02/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11544903>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 968.392 Acre*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 09/08/2016. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11565076>>.
Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Data da publicação: 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 581.488 Rio Grande do Sul*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 03/12/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 855.178 Sergipe*. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 25/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5452582>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até julho de 2016]. Consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Segundo Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 892.590 Rio Grande do Norte*. Relator: Ministro Luiz Roberto Barroso. Data de julgamento: 16/09/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11756325>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas 201 a 300*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 29 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, jul./dez. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. *O direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* 2012. Tese (Doutorado em Direito). 497 f. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CLARIN. *Polémica por un fuerte aumento en la dieta de diputados y senadores*. Congreso El incremento fue en promedio del 47%. También se duplicó el desarraigo, los gastos de representación y el pago de pasajes. Disponível em:

<http://www.clarin.com/politica/Polemica-fuerte-aumento-diputados-senadores_0_1678032202.html>. Acesso em: 21 nov. 2016.

CLERICI, Rodolfo Ariza. *El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Lecciones y Ensayos, 2005.

CONTI, José Maurício. *Levando o Direito Financeiro a sério*. São Paulo: Blucher, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2009.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiádes. A eficácia do direito à saúde. *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 16, v. 01, p. 77-105, jun. 2013.

_____. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/100722998/Dworkin-Taking-Rights-Seriously>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

EL PAÍS. Federico Rivas Molina. *Parlamentares brasileiros são os mais bem pagos da América Latina*. Aumento de 47% para deputados e senadores argentinos alimenta polêmica e revela abismos na região. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/01/internacional/1478008374_095465.html>. Acesso em: 21 nov. 2016.

ETCHICHURY, Horacio. *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. 1. ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

FERREIRA, Paulo Marrecas. *O Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Sistemas de Protecção de Direitos Humanos. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_2_1.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 02, n. 07, p. 122-143, jan./jun. 2006.

FINNEGAN, Florencia; PAGANO, Ana. *El derecho a la educación en Argentina*. 1. ed. Buenos Aires: Fund. Laboratorio de Políticas Públicas, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARGARELLA, Roberto. Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). *Social and economic rights in theory and practice*. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2015. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=rqqQBAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 17 abr. 2017.

GOMES, Natascha Alexandrino de Souza. *Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). 99 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora-MG. 2016.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, Daniel R.; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.). *Law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 119-141.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios sociais e a garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), ano 04, p. 01-16, 2011.

JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, *Enunciados Aprovados na II Jornada de Direito da Saúde*. São Paulo: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2015. 04 p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Breves notas sobre el amparo iberoamericano desde el derecho constitucional comparado. *Dikaion: lo justo: Revista de fundamentación jurídica*, Chía, Colombia, año 20, n. 15, p. 173-198, nov./2006.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales. *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, n. 27, p. 07-36, en./jun. 2011.

MARQUES, Rosa Maria. Políticas de transferência de renda no Brasil e na Argentina. *Revista de Economia Política*, v. 33, n. 02, p. 298-314, abr./jun. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Vedação do retrocesso: melhor quando tínhamos medo?* Uma proposta para um uso controlado do argumento. Disponível em: <https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_controlado_do_argumento>. Acesso em: 19 abr. 2017.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

MYAMOTO, Yumi Maria Helena; COURA, Alexandre de Castro. Controle jurisdicional de políticas públicas e mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo

Biacchi, STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 77-90.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição (1946). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

PAUTASSI, Laura; ARCIDIÁCONO, Pilar; STRASCHNOY, Mora. Condicionando el cuidado. La Asignación Universal por Hijo para la Protección Social en Argentina. *Iconos Revista de Ciencias Sociales*, Quito, n. 50, p. 61-75, sep. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 01, p. 107-113, jan./mar. 2009.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 01, n. 01, p. 161-178, jul./dez. 2008.

PORTAL BRASIL. *Saiba como funciona o sistema de educação infantil no País*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/04/creche>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Universalidade do direito à saúde*. São Luís: EDUFMA, 2014.

ROSS, William David. What Makes Right Acts Right? In: *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press, 1930. Disponível em: <<http://www.ditext.com/ross/right2.html>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, p. 01-05, 2016.

SAMPAY, Arturo Enrique. *Obras escogidas*. Ana María Jaramillo (Compiladora). 1. ed. Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús: Lanús, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, vol. 75, n. 03, p. 116-149, jul./set. 2009.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.01, p. 171-213, out./dez. 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, ano 04, n. 04, p. 79-104, jan./dez. 2005.

SCHULZE, Clenio Jair. *O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde*. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

SCIOSCIOLI, Sebastián. *La educación básica como derecho fundamental: implicancias y alcances en el contexto de un estado federal*. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=H5W4DQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Sebasti%C3%A1n+Scioscioli&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=Sebasti%C3%A1n%20Scioscioli&f=false>. Acesso em: 02 fev. 2017.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). 260 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. *Law & Social Inquiry*, Forthcoming. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1133620>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

THE OBSERVATORY OF ECONOMIC COMPLEXITY. Disponível em: <<http://atlas.media.mit.edu/en/>>. Acesso em: 03 out. 2016.

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.

_____. Fundamental Social Rights and Existenzminimum. *Philosophy Study*, v. 04, n. 01, jan, p. 20-27, 2014.

_____. Mínimo existencial – a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Núria Belloso (Coord.). *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 821-834.

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

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). *Regional overview: Latin America and the Caribbean*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002325/232567e.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.