

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES**

**DIREITO SUBJETIVO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: uma análise comparativa entre
Brasil e México**

**Juiz de Fora
2016**

NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES

**DIREITO SUBJETIVO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: uma análise comparativa entre
Brasil e México**

Dissertação apresentada junto 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. Área de concentração: Direito e Inovação, sob a orientação da Prof^ª. Dra. Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Juiz de Fora

2016

Imprimir na parte inferior, no verso da folha de rosto a ficha disponível em:
<http://www.ufjf.br/biblioteca/servicos/usando-a-ficha-catalografica/>

NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES

**DIREITO SUBJETIVO AO MÍNIMO EXISTENCIAL: uma análise comparativa entre
Brasil e México**

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
grau de Mestre. Área de concentração: Direito e Inovação.
Sob a orientação da Prof^a Dr^a Cláudia Maria Toledo da
Silveira

Aprovada em de de

BANCA EXAMINADORA

Universidade Federal de Juiz de Fora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Universidade Federal de Ouro Preto

*“Escute garota o vento canta uma canção,
Dessas que a gente nunca canta sem razão
Me diga garota: será a estrada uma prisão?
Eu acho que sim, você finge que não
Mas nem por isso ficaremos parados
Com a cabeça nas nuvens e os pés no chão
Tudo bem, garota, não adianta mesmo ser livre
Se tanta gente vive sem ter como comer”*

Infinita Highway – Engenheiros do Hawaii

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer todo o suporte que recebi dos meus pais, Diógenes Alexandrino e Stella Gomes, por sempre priorizarem meus estudos, mesmo com toda a dificuldade. Aos amigos, colegas do mestrado e da pesquisa, com quem pude compartilhar dúvidas e travar instigantes discussões.

A todos os meus professores, por quem nutro a mais alta estima e consideração, e, especialmente, agradeço aos grandes mestres Alejandro Tóvar (UNAM) e Mário Cesar (UFJF).

Em especial, agradeço minha orientadora, professora Cláudia Toledo, por sua imensa contribuição na troca de conhecimento, disponibilização de materiais, realização de eventos científicos e, em virtude disso, por ser meu grande exemplo profissional, impulsionando, sem dúvida, as conquistas de igualdade de gêneros (também) no direito e na pesquisa científica.

Muito obrigada a tod@s!

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar o que se entende por mínimo existencial/mínimo vital no México, partindo-se do referencial brasileiro, uma vez que, no Brasil, a despeito de ainda algumas imprecisões e divergências, seu conteúdo já é razoavelmente delimitado. As poucas alusões ao direito ao mínimo existencial/vital na jurisprudência da Corte Constitucional mexicana relacionam-se a aspectos tributários e fiscais, muito embora a doutrina daquele país possua avanços na abordagem do tema. Destarte, partindo-se do conceito de mínimo existencial formulado pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy – qual seja, conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de nível elementar de dignidade humana - o trabalho definiu qual é o conteúdo atual do mínimo existencial no Brasil e realizou um paralelo entre este e a realidade mexicana. O estudo também trata de questões centrais e intrinsecamente relacionadas ao tema, tais como a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, o princípio da dignidade humana, o argumento da reserva do possível e colisões de princípios que abrigam direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Mínimo existencial. Reserva do possível. Brasil. México.

ABSTRACT

The objective of this study was to analyze what is meant by existential minimum in Mexico, starting from the Brazilian reference, since, in Brazil, despite still some inaccuracies and differences, its content is already reasonably delimited. The few references to the right to existential minimum level in the Mexican Constitutional Court's jurisprudence relate to tax and fiscal aspects, although the doctrine of that country have advances in approach to the subject. Thus, starting from the minimum existential concept formulated by jusfilósofo Robert Alexy - namely, minimum set of fundamental social rights for the elementary level of assurance of human dignity - the work has defined what the current contents of the existential minimum in Brazil and We conducted a parallel between this and the Mexican reality. The study also addresses key issues and intrinsically related to the theme, such as the justiciability of social rights, the principle of human dignity and collisions principles.

Keywords: Fundamental social rights. Existential minimum. Reserve for contingencies. Brazil. Mexico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL	12
1.1 Discurso e direitos humanos à luz do pensamento de Robert Alexy.....	12
1.2 Direitos fundamentais sociais: justiciabilidade, reserva do possível e vedação do retrocesso social.....	16
1.3 Núcleo essencial e restrições a direitos fundamentais: análise das teorias interna e externa.....	25
1.3.1 Teoria absoluta e teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	27
1.4 Colisão de direitos fundamentais sociais e ponderação	28
2 ANÁLISE DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL E NO MÉXICO	32
2.1 Relação entre o mínimo existencial e a dignidade humana.....	32
2.2 Do direito à educação no Brasil.....	39
2.3 Do direito à educação no México.....	46
2.4 Do direito à saúde no Brasil.....	50
2.5 Do direito à saúde no México.....	55
2.6 Conceito e conteúdo de mínimo existencial no Brasil e no México.....	58
3 O ASPECTO DA EFETIVIDADE: JUDICIALIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NOS CONTEXTOS BRASILEIRO E MEXICANO	65
3.1 Brasil e o projeto de lei nº 8058/14 da Câmara dos Deputados.....	68
3.2 Jornadas de Direito à Saúde no Brasil.....	70
3.3. Breve análise dos instrumentos processuais para a defesa do mínimo existencial: Brasil e no México.....	75
4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SJCN) E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	78
4.1 Decisões da Suprema Corte de Justicia de la Nacion.....	78
4.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal.....	82
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO:

A pesquisa comparada aqui desenvolvida teve origem no projeto de pesquisa: “*Direitos Fundamentais em função da Dignidade Humana: Estudo Comparativo em Distintos Contextos Internacionais*”, iniciado em 2013, em desenvolvimento até os dias atuais, sob a coordenação da Professora Doutora, Cláudia Toledo, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

O problema da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais se mostra patente frente ao tratamento totalmente aleatório da disciplina (pela doutrina e jurisprudência brasileira e mexicana), muitas vezes culminando em decisões judiciais que, pela ausência de critérios racionais de fundamentação, têm sido caracterizadas pela diversidade e inconstância.

Devido ao amplo desrespeito às normas de direitos fundamentais sociais, não é raro a inocuidade destas previsões, desencadeando inconstitucionalidades em diversos atos dos poderes constituídos, pela ausência ou insuficiência de políticas públicas concretizadas das previsões constitucionais.

Considera-se a hipótese de que justiciabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais depende, primordialmente, da diferenciação entre estes e os direitos que integram o mínimo existencial.

Para confronto com a ordem constitucional brasileira, optou-se pela mexicana, não apenas por sua vanguarda histórica, e conseqüente maior experiência na previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais, mas, principalmente, pelas similitudes socioeconômicas desses países.

O conteúdo do mínimo existencial, no Brasil, já é delimitado; porém, no México, as poucas alusões feitas a esse direito, pela Corte Constitucional, tratam de aspectos tributários e fiscais. Assim, realizou-se um paralelo entre o conteúdo do mínimo existencial brasileiro e uma comparação com a realidade mexicana.

O *marco teórico* adotado tem como ponto de partida a *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy. Ressalta-se que o conceito originário, na Alemanha, considera ser o mínimo existencial composto pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais à educação, saúde e moradia. Como ele é variável no tempo e no espaço e, em razão das diferentes condições socioeconômicas entre os países investigados e o país onde surgiu o conceito, adota-se, aqui, entendimento distinto do supracitado.

Outrossim, a *metodologia* utilizada fora, sobretudo, revisão bibliográfica, análise normativa e jurisprudencial das Cortes Constitucionais do Brasil e do México (Supremo Tribunal Federal e Suprema Corte de Justicia de la Nación).

1.DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL:

1.1. Discurso e direitos humanos à luz do pensamento de Robert Alexy:

O presente estudo inicia-se com a análise da relação entre discurso e direito, a partir das lições do *jusfilósofo* alemão, Robert Alexy, para quem uma teoria procedimental da argumentação jurídica se relaciona à racionalidade prática¹. Trata-se de uma teoria contrafática, que se baseia em um discurso ideal² e que implica em uma leitura *não positivista*³ do direito, haja vista sua conexão com a correção moral, conforme será doravante demonstrado. Assim, considerando ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, ele deve observar as regras e o procedimento proposto na maior medida possível para ser racional.

Nesse contexto reside o problema da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e da delimitação do conceito e conteúdo do mínimo existencial. As inúmeras demandas em que se pleiteiam prestações estatais positivas têm culminado em decisões que, pela ausência de critérios racionais de fundamentação, são caracterizadas pela diversidade e inconstância, prejudicando o tratamento científico da disciplina⁴. Essa abordagem atécnica pode gerar o resultado exatamente oposto àquele pretendido pela teoria do mínimo existencial, já que a delimitação aleatória do seu conteúdo retira sua força vinculante e exigibilidade imediata (TOLEDO, 2016).

¹A teoria do discurso é uma “(...) teoria procedimental da verdade ou da correção prática. A tese principal de todas as teorias procedimentais da correção prática é a de que *a correção de uma asserção normativa depende da possibilidade de a asserção ser ou poder ser o resultado de um procedimento determinado*”, (ALEXY, 2010, p.14). (grifos nossos). Em sua obra, Teoria da Argumentação Jurídica, o referido autor germânico propõe 28 regras do discurso racional que, em suma, exteriorizam as ideias de *liberdade e igualdade* no plano da argumentação.

²O discurso ideal possui condições de tempo e participação ilimitados, bem como completa ausência de coerção, completa capacidade/disposição para a troca de papéis e imparcialidade.

³Desde a segunda metade do século XX, o positivismo jurídico já não mais satisfazia os anseios das sociedades; contudo, o legado por ele deixado não poderia ser menosprezado, em um retorno puro e simples ao jusnaturalismo. Assim, o pós-positivismo (ou *não positivismo*) advém com o fito de reintroduzir as ideias de justiça ao Direito, sem desprezar o direito positivo (BARROSO, 2003). Assevera Lopes (2006, p.49): “O primeiro efeito do positivismo jurídico triunfante foi afastar a justiça da especulação jurídica. Que coisa é a justiça? O direito vigente é justo? Pode-se dar o nome de direito aos imperativos injustos? Pouco importa. Para o positivismo estas questões não fazem sentido porque o direito é o que aí está positivado e garantido pela força organizada do Estado. A resposta a este avanço definitivo do positivismo, muitos buscaram no direito natural. Mas sua condenação ao passado parecia definitiva. Os jusnaturalistas não deram respostas convincentes ao positivismo”. Destarte, de acordo com Alexy (2009), contra a famosa afirmação de Kelsen de que *qualquer conteúdo pode ser direito*, pode-se aplicar a *fórmula de Radbruch*, que considera não ser Direito a injustiça extrema. Portanto, verifica-se, no *não positivismo*, uma vinculação entre direito e moral, sem se exigir, no entanto, uma completa convergência entre ambos.

⁴De se ressaltar que, conforme sustenta Klatt (2010), há posições céticas sobre as pretensões de objetividade do direito, tais como as trazidas pelo realismo jurídico e pelo movimento do *critical legal studies*.

Ademais, as lides que envolvem direitos fundamentais sociais, em geral, se enquadram na categoria dos *casos difíceis*⁵, sobre os quais emergem inúmeras incertezas, a começar pelo fato de que estes não conseguem ser resolvidos mediante a aplicação de procedimentos interpretativos exatos, de tipo algorítmico. Assim, o catálogo de exigências de racionalidade para dirimir tais controvérsias é bastante amplo, sendo objeto de várias sistematizações nas teorias da argumentação jurídica (PULIDO, 2013).

No entanto, ainda que o procedimento proposto seja observado, não há garantia de se chegar a uma única decisão correta; porém, as contribuições de Alexy à argumentação jurídica não podem ser menosprezadas, sobretudo ao identificar o campo do *discursivamente impossível e do discursivamente necessário* (PULIDO, 2013).

Como a esfera jurídica oferece um dos campos mais profícuos para a argumentação, entende-se que a análise do discurso é capaz de proporcionar uma orientação bastante útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (ATIENZA, 2003), razão pela qual se examinará a *fundamentação dos direitos humanos a partir do discurso*, valendo-se, para tanto, das lições de Alexy.

O referido autor germânico parte sua investigação da análise das afirmações, elaborando a tese de que: “Quem afirma algo promove uma pretensão de verdade ou correção⁶” (ALEXY, 2010, p.107), entendida, para o direito, como uma pretensão de justiça.

A pretensão de correção⁷, por sua vez, implica uma pretensão de fundamentabilidade⁸ e, deste modo, depreendem-se as regras do discurso relativas à *liberdade e à igualdade*, já que

⁵Os casos difíceis, segundo definição de Atienza (2003), com base nas lições de MacCormick, são verificados nas hipóteses de dúvidas sobre a norma a ser aplicada no caso concreto (i); quando há problemas de interpretação (ii); controvérsias de prova (ou seja, se há dúvidas sobre a ocorrência de determinado fato) (iii); ou quando há problemas de qualificação (se determinado fato recai ou não no campo de aplicação de determinado conceito) (iv). O ponto inicial sobre o método jurídico é consenso entre positivistas e não positivistas; segundo Hart, por exemplo, todo o direito positivo possui uma textura aberta em virtude da vagueza da linguagem e disso decorre a possibilidade de conflitos normativos, lacunas legais e outras situações que configuram casos difíceis. Aqui reside importante diferença entre positivistas e não positivistas. A distinção entre casos fáceis e difíceis fora largamente discutida na obra *O Conceito de Direito*, de Hart, ocasião em que o autor tenta equilibrar o formalismo e o ceticismo jurídico. Desta maneira, assevera que, embora a maioria dos termos possua significado central, ainda assim pode haver um espaço de penumbra e, somente nesses casos, exige-se o poder discricionário (MORISSON, 2012). De uma leitura da obra de Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, infere-se a noção de moldura normativa para solucionar *hard cases*. Em oposição a este pensamento, uma visão não positivista do direito considera ser necessário recorrer a parâmetros extrajurídicos para solvê-los, tais como às reflexões sobre a utilidade de determinada conduta, às tradicionais ideias sobre o bem e o mal e à justiça; em síntese: à utilidade, ao costume e à moralidade (ALEXY, 1998).

⁶A princípio, pretensões só poderiam ser erigidas por pessoas; o direito (propriamente dito) não teria tal capacidade. Dessa forma, *a pretensão de correção é erigida pelas pessoas que criam, interpretam, aplicam e desenvolvem o direito*. Todavia, há quem critique esse subjetivismo e, visando responder a essa objeção, Alexy (1998) apresenta uma distinção entre erigir uma pretensão de correção *objetiva* e *subjetiva*. Se uma pessoa levanta uma pretensão de correção porque ela quer, de maneira particular e privada, então, verifica-se uma pretensão subjetiva; porém, se todos aqueles que decidem, julgam e discutem matérias relativas ao sistema jurídico erigem uma pretensão de correção, então esta será objetiva. Portanto: “A pretensão é levantada por pessoas, mas a favor do Direito (como sistema)” (ALEXY, 1998, p.206).

quem fundamenta algo pretende aceitar o Outro como parceiro, com os mesmos direitos, pelo menos no campo argumentativo. Isso porque, em princípio, todos possuem capacidade de afirmar, perguntar e fundamentar algo e, desta maneira, as formas de vida (por mais diferentes que sejam) contêm universais teóricos argumentativos que podem ser expressos pelas regras do discurso. *Observar as regras do discurso (regras do falar) significa, então, reconhecer o outro como livre e igual, com os mesmos direitos, pelo menos no âmbito argumentativo* (ALEXY, 2010).

Entretanto, isso não significa, necessariamente, reconhecer o outro como livre e igual no campo da ação. Como os direitos humanos são normas relacionadas ao agir, para se chegar às regras de atuação, a partir das regras do discurso⁹, faz-se necessário introduzir outras premissas, baseadas nos argumentos da *autonomia (i)*, *do consenso (ii)* e *da democracia (iii)* (ALEXY, 2010).

O *argumento da autonomia (i)* assevera ser autônomo aquele que age de acordo com regras e princípios que julga como corretos. Aquele que participa *seriamente* do discurso, ou seja, que tem interesse em correção moral, pressupõe a autonomia de seu parceiro, haja vista que ele: “(...) conecta suas capacidades discursivas com o interesse de fazer uso dessas capacidades para o agir.” (ALEXY, 2014, p.102). Portanto, quem reconhece o outro como autônomo, também o reconhece como pessoa, atribuindo-lhe dignidade e, conseqüentemente, direitos humanos.

Há duas operações através das quais, a partir de um direito geral à autonomia, levam a um catálogo de direitos humanos.

A primeira se dá quando o direito em questão é um caso especial do direito à autonomia. Este é o caso de todo o rol dos direitos de liberdades (como liberdade de expressão, de associação, de reunião, de ir e vir, entre outras). A segunda ocorre quando

⁷ O exemplo clássico de Alexy de que o Direito levanta uma pretensão de correção trata do primeiro artigo de uma nova Constituição que dispõe ser “X” uma República soberana, federal e injusta. Para o autor, a referida cláusula da injustiça resulta de uma contradição, considerando que o ato constituinte erige uma pretensão de correção, a qual é, nesse caso, essencialmente, uma pretensão de justiça (esta seria um caso especial de correção em relação à distribuição e equiparação). Como pretensões incluem asserções, no caso, a asserção levantada é a de que uma República deve ser justa: “A contradição consiste, então, na assertiva de que, com o ato constituinte, é implicitamente sustentada uma afirmação que contradiz o conteúdo explícito do ato constituinte: a cláusula de injustiça” (ALEXY, 2010, p.102).

⁸ Já a pretensão de fundamentabilidade implica um dever *prima facie* de fundamentar o afirmado. A regra geral da fundamentação é que todo falante deve fundamentar uma asserção, quando lhe é solicitado, desde que não existam razões que afastem esta exigência (ALEXY, 2010).

⁹ Em que pese não haver unanimidade com relação às características dos direitos humanos, adotando o posicionamento de Alexy (2014), destacam-se a universalidade, fundamentalidade de seu objeto, abstração, validade moral (que pode ser agregada a uma validade jurídico-positiva) e prioridade (ou seja, eles não podem ter sua força invalidada por normas positivas e devem servir de parâmetro interpretativo daquilo que está positivado).

determinados direitos são *meios necessários para agir autonomamente*: “Nesse caminho, fundamentam-se os direitos à proteção pelo Estado e *direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o direito ao mínimo existencial.*” (grifos nossos) (ALEXY, 2010, p.120). Portanto, infere-se que o sujeito só poderá agir autonomamente caso tenha acesso a certos direitos que atendam suas necessidades básicas e que compõem, desta forma, o denominado mínimo existencial.

Passando para a análise do *argumento do consenso*¹⁰ (ii), este significa que a validade das normas de atuação se relaciona à aprovação universal¹¹. Ele continua a se relacionar com a participação séria no discurso, salientando que esta ocorrerá nos casos em que se pretenda solucionar conflitos sociais através de consensos discursivamente criados e controlados (revisáveis, questionáveis). Deste modo, o argumento do consenso traz um complemento ao argumento da autonomia ao introduzir a *imparcialidade e a igualdade* no discurso, que podem ser aplicadas, também, para as normas de atuação (ALEXY, 2010).

Já o *argumento da democracia* (iii) significa que: “(...) o princípio do discurso pode ser realizado aproximadamente pela institucionalização jurídica de procedimentos democráticos da formação da opinião e da vontade” (ALEXY, 2010, p.127).

O princípio do discurso reclama a democracia deliberativa e nela a racionalidade discursiva é pressuposta, pois: “Quem deseja correção, deve desejar discursos, quem deseja discursos, deve desejar a democracia” (ALEXY, 2009, p.23). Assim, *a teoria do discurso conduz ao constitucionalismo democrático, na medida em que coloca duas exigências para o conteúdo e estrutura do sistema: direitos fundamentais e democracia.*

Com esses três argumentos, Alexy fundamenta os direitos humanos a partir das regras do discurso.

Com relação aos limites da teoria do discurso, segundo Atienza (2003), a crítica à *teoria padrão da argumentação jurídica* (Alexy e MacCormick) é no sentido de ser esta insuficiente, uma vez que a argumentação efetuada na vida jurídica é, na maioria das vezes, sobre questões de fato, enquanto a supracitada teoria se ocupa, principalmente, de questões normativas das Cortes Constitucionais, excluindo do seu campo de estudo, pois, grande parte das argumentações produzidas fora dos Tribunais Superiores. No entanto, considera-se ser esta uma leitura míope, uma vez que o procedimento proposto pela teoria padrão deve ser

¹⁰ Insta esclarecer que se trata também de um consenso hipotético, que somente seria obtido em condições ideais.

¹¹ Importante mencionar que o argumento do consenso é o elemento central da fundamentação de um sistema de direitos de Habermas, para quem: “Esse sistema [jurídico] deve conter, rigorosamente, os direitos fundamentais que os cidadãos devem conceder-se reciprocamente, se eles querem regular legitimamente sua convivência em comum com meios do direito positivo” (Habermas *apud* ALEXY, 2010, p.121).

observado tanto na fase de elaboração das normas jurídicas, quanto em sua aplicação, tudo isso na maior medida possível, para que o discurso real se aproxime do ideal e, assim, se torne um discurso racional.

Ademais, segundo Alexy (2009), quanto à aplicabilidade da sua teoria da argumentação jurídica, a crítica de que ela não chega a um único resultado correto não a desqualifica, já que a observância ao procedimento proposto permite a exclusão do discursivamente impossível e a delimitação do discursivamente necessário, conforme já mencionado.

Os direitos humanos somente serão plenamente desenvolvidos ao serem positivados nas Constituições dos Estados, adquirindo, pois, força de direitos fundamentais (ALEXY, 2010).

Para Sarlet (2003), os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, já que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos; a diferença é que aqueles são positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que estes guardam relação com documentos de direito internacional¹².

De se ressaltar que o sistema de direitos fundamentais há de ser interpretado de maneira aberta e flexível, receptiva a novos conteúdos e desenvolvimentos (SARLET, 2003). Nessa lógica, verifica-se que eles não são os mesmos em todas as épocas, variando no tempo e no espaço e, nas modernas Constituições, *compõem o núcleo essencial da dignidade humana* (MENDES, 2009).

Em síntese, os direitos fundamentais refletem um consenso mínimo, oponível a qualquer grupo político, por assegurarem os principais valores de uma sociedade e descreverem as exigências indispensáveis para o adequado funcionamento do procedimento de deliberação democrática (BARCELLOS, 2005).

¹²Interessante ressaltar que, de acordo com Lopes (2006), o uso da expressão *direitos humanos* pode se tornar um mito vazio de significado, capaz de atender qualquer intenção de legitimidade política das forças burguesas. Porém, atualmente, nota-se, ao seu sentir, uma mudança no significado atribuído aos direitos humanos, passando de uma concepção simplesmente burguesa de lei e ordem, para tradução do anseio de mudanças estruturais nas relações de poder.

1.2 Direitos fundamentais sociais: justiciabilidade, reserva do possível e vedação do retrocesso social:

Apresentada a relação entre discurso, direitos humanos e direitos fundamentais, resta a seguinte questão: *como definir quais normas são dotadas dessa fundamentalidade?*¹³ Em sequência, adentrar-se-á na temática específica da *justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, argumento da reserva do possível e princípio da vedação do retrocesso social*.

Quanto à fundamentalidade, o critério da positivação fora defendido por Alexy (2008), para quem são normas de direitos fundamentais todas as disposições contidas no capítulo intitulado *Os direitos fundamentais* (arts. 1º a 19 da Constituição alemã) e também as normas que compõem o catálogo de direitos e as disposições garantidoras de direitos individuais dos art. 20, §4º, 33, 38,101,103 e 104 daquela Constituição. Ainda, salienta que normas de direito fundamentais podem ser estabelecidas diretamente do texto constitucional, conforme já mencionado, ou podem ser normas de direitos fundamentais atribuídas¹⁴.

Quanto sua estrutura, normas jurídicas podem ser regras ou princípios. Os direitos fundamentais possuem estrutura principiológica, o que significa dizer que eles são *mandamentos de otimização*, que devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em suma: princípios¹⁵ não contêm mandamentos definitivos, mas *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente pode ser obtido após o sopesamento (ALEXY, 2008).

Devido à possibilidade de interesses contrastantes, os princípios que abrigam direitos fundamentais¹⁶ podem entrar em colisão: é o que ocorre, com frequência, nos casos difíceis.

¹³ Para Sarlet (2003) a expressão *direitos fundamentais* não é consenso na doutrina. Há quem prefira designá-los como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, direitos humanos fundamentais. Mesmo a nossa Constituição Federal de 1988 utiliza termos diversos ao se referir aos direitos fundamentais: em seu art. 4º, II, traz direitos humanos, na epígrafe do Título II e no §1º do art. 5º traz direitos fundamentais, no art. 5º, LXXI, direitos e liberdades constitucionais, a título de exemplos. No entanto, considera-se ser necessária a unificação dessa nomenclatura, de modo a dar um tratamento científico e rigoroso a essa matéria.

¹⁴ Assim: “(...) uma norma atribuída é válida e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. É possível perceber que os três critérios são levados em consideração quando se atenta ao papel que desempenham o texto das disposições de direitos fundamentais, os precedentes do Tribunal Constitucional Federal e os argumentos práticos gerais na fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p.72).

¹⁵ A relação existente entre *princípio* e *valor*, segundo Alexy (2015), é no sentido de que os princípios dizem o que é *prima facie* devido, enquanto os valores dizem o que é bom, portanto: “A teoria dos princípios pode, por conseguinte, ser considerada como uma teoria dos valores limpada de suposições insustentáveis” (ALEXY, 2015, p.205).

¹⁶ De se ressaltar que os direitos fundamentais devem ser compreendidos tanto sob a perspectiva subjetiva - posição jurídica conferida ao indivíduo em face do Estado ou terceiros - quanto objetiva- relativamente à produção de seus efeitos sobre toda a sociedade, incluindo-se as relações travadas entre particulares (DERBLI, 2007). A dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve destaque no pós-guerra e é um importante

Destarte, o reconhecimento da normatividade dos princípios se mostra bastante relevante para dirimi-los, mormente porque, nessas circunstâncias, a aplicação de uma regra já não é mais suficiente¹⁷.

Além disso, de acordo com Alexy (2008), dentre os direitos fundamentais, há os *direitos a prestações positivas* e estas, por sua vez, se dividem em fáticas e normativas¹⁸. Assim, os direitos a prestações positivas fáticas são também chamados de *direitos a prestações em sentido estrito*, inserindo-se, aqui, os direitos fundamentais sociais, objeto central deste estudo.

Outra conhecida classificação das normas de direitos fundamentais, no Brasil, fora apresentada por Barroso (2003), segundo quem há normas constitucionais de organização (que disciplinam o aparato estatal, seus poderes, competências, o processo legislativo, entre outros) e normas definidoras de direitos, garantidoras de direitos subjetivos¹⁹, categoria em que se encontram os direitos fundamentais.

Estes, por sua vez, se subdividem em direitos políticos (i), direitos individuais (ii), *direitos sociais* (iii) e direitos difusos (iv)²⁰.

instrumento para a obtenção de novos conteúdos jurídicos fundamentais. Nesse sentido, o caso Lüth (1958) fora o paradigma para seu reconhecimento, ocasião em que se firmou o entendimento de que os direitos fundamentais possuem um duplo significado: eles concedem, em primeiro lugar, direito do cidadão contra o Estado, mas, além disso, eles devem conter um sistema de valores que atinge a todos os âmbitos do direito (ALEXY, 2015).

¹⁷ Relativamente à insuficiência das regras jurídicas, assevera Morrison (2012, p.504): “Para Dworkin, a análise positivista de Hart implica que, para além de um certo ponto onde a regra se esgota, não há fatores jurídicos que sujeitem os juízes; quando eles estão trabalhando numa área obscura e periférica (por oposição à área central) do direito, eles têm um poder discricionário não jurídico. Os “casos difíceis” seriam um novo direito. O positivismo jurídico nos apresenta um conjunto radicalmente divergente de expectativas sobre a função judicial: (i) uma concepção estática, que é o modelo de regras do fato simples, que abrange a situação e que pode ser aplicado pela “teoria jurídica mecânica”; ou (ii) uma concepção dinâmica na qual o direito é um processo e se pressupõe que, ao entender esse processo, é preciso entender como as regras interagem com influências não-jurídicas. Essa concepção positivista pode ser expressa como uma equação: *regras mais poder discricionário igual a novas regras*. Contudo, esse poder discricionário é extrínseco ao direito e – além de Austin – o positivismo jurídico diz muito pouco sobre esse processo”. A inovação pós-positivista não está, propriamente, no reconhecimento da existência de princípios – o que já se verificava, por exemplo, desde a tradição religiosa judaico-cristã, com o mandamento de respeito ao próximo, bem como, na filosofia grega de Aristóteles, a noção da não contradição e, no direito romano, os brocardos de que se deve viver honestamente, não lesar terceiros, entre outros. Assim, depreende-se que os princípios possuem origem remota e a inovação trazida pela dogmática jurídica atual reside em *classificá-los como verdadeiras normas jurídicas* (BARROSO, 2003).

¹⁸ Já os direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. Os direitos a ações positivas normativas são chamados de direitos a prestações em sentido amplo. Fórmulas: “a” *tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva fática “hf”*. “a” *tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva normativa “hn”*, (ALEXY, 2008, p.203).

¹⁹ Direito subjetivo: “(...) entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse.”. (BARROSO, 2003, p.103). Afirma o autor que, por muitos anos, as declarações de direitos consagradas nas Constituições eram apenas princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico. No entanto, hodiernamente, não cabe negar o caráter jurídico e a exigibilidade dos direitos fundamentais.

²⁰ Quanto à distinção entre direitos sociais e direitos difusos, estes afetam uma pluralidade de pessoas e, por isso, possuem titularidade coletiva. Segundo Barroso (2003), no que tange a aplicação dos direitos individuais e difusos, não há maiores problemas. Os primeiros implicam, basicamente, abstenções estatais e os segundos, apesar de mais recentes, também possuem efetiva proteção judicial, pois, além da existência de meios

Os *direitos fundamentais sociais* possuem formação mais recente, remontando-se à Constituição mexicana de 1917 (a qual será analisada em capítulo próprio), surgindo ante a necessidade de o Estado fornecer prestações positivas aos indivíduos, em prol da igualdade substancial²¹.

Eles visam minimizar distorções socioeconômicas presentes na sociedade, refletindo um aparato de Estado Social, que tem na solidariedade o seu alicerce. Entretanto, devido ao amplo desrespeito, não é rara a inocuidade destas previsões, o que desencadeia inconstitucionalidades em diversos atos dos poderes constituídos, sobretudo pela ausência ou insuficiência de políticas públicas concretizadoras destas previsões.

No Brasil, a primeira Carta Política a incorporá-los fora a de 1934. Todavia, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), os direitos fundamentais sociais foram inseridos no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, além serem disciplinados no art. 6º e ao longo do Título VIII, “Da ordem Social”, da CF/88 (BRASIL, 1988).

De acordo com Tughendat (1997), *apud* Pulido (2013), há uma fundamentação autônoma dos direitos fundamentais sociais, haja vista a impossibilidade destes se sustentarem sob a premissa equivocada de que a sociedade é formada inteiramente por indivíduos capazes, autônomos, autossuficientes e que vivem em condições de igualdade. Essa leitura se baseia no conceito de *necessidades básicas*, ou seja, aquele conjunto de bens indispensáveis para a sobrevivência digna do indivíduo. Assim, os direitos fundamentais sociais seriam fins em si mesmos, e não meros meios para atingir determinado objetivo.

Posicionamento distinto fora defendido por Alexy (2008), ao sustentar que os direitos fundamentais sociais são verdadeiros meios para o exercício das liberdades. O referido autor parte de uma subdivisão entre liberdade jurídica e fática, buscando responder o seguinte questionamento: Por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui também a liberdade fática?

Nesse sentido, o autor germânico assevera que: “(...) para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo” (ALEXY, 2008, p. 505). Então, se

processuais específicos para a sua proteção, verifica-se intenso desenvolvimento de uma consciência ecológica e sentimento pro consumidor, por exemplo. No entanto, os direitos fundamentais sociais têm enfrentado alguns obstáculos para sua aplicação, na medida em que há situações em que eles são tratados como normas programáticas. Assim, nas palavras de Barroso: “Não sem surpresa, os direitos sociais são os que têm percorrido trajetória mais ingrata” (BARROSO, 2003, p.148).

²¹ Deste modo, a intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, à saúde, à moradia, ao acesso à cultura, dentre outros (BARROSO, 2003).

alguém se encontrar nessas condições, a eliminação de sua necessidade é mais importante do que a garantia das liberdades jurídicas – pois, diante dessas situações, elas seriam meras fórmulas vazias. Para Pulido (2013), as supracitadas concepções devem ser tidas como complementares, posicionamento com o qual concordamos.

Valendo-se das lições de Michelman (2006), a assistência aos hipossuficientes, pelo menos provisoriamente, é algo que nenhuma sociedade moralmente legitimada e bem-sucedida pode ignorar – embora nem todos compartilhem desse pensamento.

Assim, em que pese a relevância dos direitos fundamentais sociais, há quem negue sua fundamentalidade²². Para Ricardo Lobo Torres (2009), a fundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, tanto em um aspecto negativo (isenção tributária), quanto positivo (prestações materiais).

Igualmente, Leivas (2006) sustenta haver uma diferença entre direitos fundamentais sociais e direitos sociais. Segundo o autor, os primeiros seriam os direitos constitucionais a ações positivas fáticas (que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obter de particulares; mas, ausentes tais condições, dirigiria sua pretensão face o Estado), enquanto os segundos estariam previstos em instrumentos normativos infraconstitucionais e, portanto, não seriam direitos fundamentais.

Porém, as concepções de Torres e Leivas são equivocadas, já que *todos os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais*, não cabendo diferenciação entre eles. Na mesma linha, Sarlet (2007) considera que *todos os direitos sociais são fundamentais*, incluindo aqueles direitos contidos nos Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário e, desta maneira, retirar sua fundamentalidade seria negar a própria efetividade da Constituição.

A tradicional classificação de direitos fundamentais sociais como *normas programáticas*²³ ainda é bastante invocada pela doutrina e jurisprudência pátria²⁴ e mexicana. Sobre essa temática, interessante fora a ressalva levantada por Derbli (2007), para quem a

²²Os direitos sociais, para parte da doutrina, são classificados como direitos de *segunda dimensão*. Porém, o processo de reconhecimento das dimensões de direitos fundamentais é dinâmico, dialético, marcado por avanços e retrocessos (SARLET, 2003). Portanto, a classificação em dimensões ou gerações não seria adequada para o seu tratamento, tendo em vista a dificuldade em se reconhecer quantas dimensões/gerações existem e quais seriam os direitos que as compõem.

²³ Segundo Pontes de Miranda: “Aqueles em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos.” (BARROSO, 2003, p.102).

²⁴ Afirmando o caráter meramente programático do direito fundamental social à saúde, min. Do STF, Celso de Mello, conforme trecho extraído da decisão do RE 393.175, AgR/RS, de sua relatoria: “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

teoria das normas programáticas sempre é invocada quando as pessoas desejam deixar aplicar a Constituição.

Díaz, Ministro da Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana (SCJN) assevera, quanto a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: “El problema se caracteriza, desde mi punto de vista, a partir del entendimiento que tenemos de los derechos sociales, esto es, como normas programáticas” (DÍAZ, 2013, p.131). Segundo o autor, normas programáticas são disposições que não possuem uma exigibilidade direta e que se realizarão na medida em que os recursos do Estado o permitirem e, em caso de insuficiência, não se pode exercer esses direitos. Ele discorda desse entendimento alegando que, se assim o fosse, os direitos fundamentais sociais ficariam sujeitos à negociação política e esta, por sua vez, se sujeita a um nível de legalidade, mas não se de constitucionalidade.

Por isso, *esta classificação deve ser definitivamente afastada, haja vista negar a fundamentalidade dos direitos sociais ao retirar sua exigibilidade*. Além disso, ela possui uma contradição insanável, já que o conceito de programático é incompatível com a própria natureza das normas jurídicas, que são enunciados deônticos e imperativos.

Relativamente à *justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*, há diferentes posicionamentos sobre a sua extensão, senão vejamos.

De acordo com Fernando Átria, citado por Pulido (2013, p.272): “(...) Os direitos sociais não podem ser completamente exigíveis porque, em uma medida importante, estes dependem de sistemas que o juiz não pode, pelo tipo de cargo que ocupa, criar”. Esse posicionamento reflete uma objeção democrática que, em suma, significa que o juiz, por não ter sido democraticamente eleito, não poderia determinar a efetivação de uma prestação material.

No entanto, o problema da tese de Átria consiste no fato de que, para este autor, os direitos fundamentais sociais não podem ser considerados, de nenhuma maneira, direitos subjetivos, o que está equivocado. Em resposta a esse tipo de objeção, Alexy (2015) afirma que *as normas de direitos fundamentais sociais são sempre vinculantes*, já que o próprio conceito da *fundamentalidade* de um direito engloba a exigência de sua justiciabilidade, não sendo eles, pois, meros ideais políticos, posição adotada neste estudo.

Reconhecer a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais significa também a *proibição da insuficiência em sua tutela*. Deste modo, ocorrerá também sua violação quando o Estado deixar de atuar, ou o fizer de maneira deficiente.

Como a Constituição não exaure todo o tratamento dessa matéria, resta ao legislador uma margem de decisão discricionária- podendo, nesses casos, restringir ou dar densidade aos direitos - sendo-lhe vedada, contudo, uma atuação insuficiente ²⁵ (ALMEIDA, 2013).

Outro ponto a ser considerado é o de que nenhum país do mundo possui recursos financeiros bastantes para atender, ilimitadamente, as exigências de todas as pessoas, para uma plena satisfação dos direitos fundamentais sociais, tampouco dos direitos individuais clássicos. Então, como os recursos são escassos, faz-se necessário escolher quais deles devem ser efetivados, sendo estas escolhas de cunho político (NUNES; SCAFF, 2011).

Esses limites orçamentários se conectam intimamente com o *argumento da reserva do possível*, resposta frequentemente dada pelos entes federados nas demandas em que figuram no polo passivo, cujos objetos são prestações materiais positivas.

A construção teórica da reserva do possível originou-se na Alemanha, aproximadamente nos anos de 1970²⁶e, segundo este argumento, a efetividade dos direitos fundamentais sociais é limitada pela reserva das capacidades financeiras do Estado. Trata-se de um binômio²⁷, que compreende a *razoabilidade da pretensão individual/social* deduzida em face da sociedade e a *existência de disponibilidade financeira do Estado* para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

²⁵ Sob a ótica do ordenamento jurídico mexicano, Carpizo (2012) ressalta que as normas constitucionais são de aplicação direta e imediata, pois, do contrário, se sua aplicação estiver sujeita a existência de norma regulamentadora (norma secundária), haveríamos de concluir que a Constituição está subordinada à lei e à vontade omissa do Poder Legislativo e, como consequência, de norma suprema aquela só teria a sua denominação. Com base nessas premissas, o jurista e advogado mexicano, Enrique Carpizo, ajuizou uma demanda contra a omissão do Estado, a fim de incluir o senhor Ricardo Farías nos programas sociais existentes relativos aos direitos sociais. No caso, o requerente, Ricardo Farías era um indigente, que vivia na rua, não tinha emprego, ou estudos, se encontrava doente e não tinha o que comer. A decisão final do caso foi no sentido de dar procedência aos pedidos, determinando o comparecimento do requerente, dentro de três dias, perante as autoridades responsáveis, para o fim de cessarem as omissões estatais.

²⁶ A reserva do possível fora pela primeira vez enfrentada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1972), no *leading case BVerfGE 33, 303, numerus clausus*. “O Tribunal negou o pedido e firmou entendimento de que a realização dos direitos sociais que estivessem além do mínimo vital ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários. O problema principal levantado por aquele Tribunal Constitucional é que os recursos públicos são limitados e insuficientes ao atendimento de todas as demandas da coletividade. Dessa forma, atribui-se ao Estado a decisão sobre a alocação dos recursos entre os diversos setores do orçamento, de modo a atender também a outros interesses da coletividade” (CASTRO, 2012, p.105).

²⁷ Nesse sentido, segue trecho do voto do Ministro do STF, Celso de Mello, na ADPF nº 45: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, 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. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.” (CELSO DE MELLO, BRASIL, 2004)

Almeida (2013) refuta o argumento da reserva do possível, asseverando que *todos os direitos fundamentais demandam despesas públicas, e não apenas os sociais*. Além disso, ele não pode ser invocado, de maneira alguma, quando se tratar de prestações que compõem o mínimo existencial.

Quanto a sua comprovação em juízo: “Cumpriria ao Estado demonstrar – não apenas alegar- uma ausência de recursos, de modo que reorganizar despesas sujeitaria ofensas a outros direitos considerados fundamentais ou a fins essenciais do próprio Estado.” (ALMEIDA, 2013, p.120). Todavia, na prática forense, o Estado (requerido) se limita a alegar a reserva do possível, sem colacionar quaisquer tipos de prova, desrespeitando uma das mais básicas lições processuais: a regra do ônus probatório de se comprovar o que se afirma.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁸ vem entendendo que o ente da federação que alegar a reserva do possível deverá, efetivamente, *comprovar* a indisponibilidade orçamentária, de acordo com a regra processual vigente (SOUZA, 2015).

O argumento da reserva do possível é bastante invocado pela doutrina e jurisprudência dos países examinados, sendo um dos maiores óbices à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Diante disso, faz-se imprescindível delimitar o *núcleo essencial* desses direitos, que deve ser protegido de ingerências indevidas, promovidas pelo Estado ou por particulares.

Ademais, discuti-se a possibilidade de se reconhecer (ou não) um certo grau de vinculação do legislador aos ditames de direitos fundamentais sociais que, uma vez atingido determinado patamar de sua concretização, lhe seria defeso suprimir ou reduzir sua proteção, sem criar algum mecanismo equivalente ou substituto (DERBLI, 2007). A resposta afirmativa à questão aponta para o reconhecimento do *princípio da vedação do retrocesso social*.

Derbli (2007) sustenta que, se uma norma definidora de direito social atinge certo nível de densidade, isso passa a integrar seu próprio conteúdo, restando, pois, insuscetível de supressão ou modificação arbitrária por via infraconstitucional, observando que, para tanto, é

²⁸ É pacífico o entendimento da referida Corte, conforme exemplificado a seguir na Ementa do Resp 1546487 / DF, Data da Publicação 20/11/2015:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **1. In casu, não se ignora a questão referente à "reserva do possível", todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades.** 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas. 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da vexata quaestio pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado. 4. Agravo Regimental não provido. (grifos nossos).

necessário que tal patamar tenha sido atingido após profundo e idôneo consenso, já irradiado na consciência jurídica geral. Mas, afinal, o que seria retrocesso social?

Segundo Derbli (2007, p.240): “Haverá retrocesso social quando o legislador, omissa e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional, ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social (...)”.

Em termos gerais, isso significa que as futuras normas infraconstitucionais não podem piorar a situação já regulada pelo direito vigente, quanto ao alcance e conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Caso isso ocorra, haverá uma presunção de invalidade ou inconstitucionalidade, cabendo ao Estado a carga argumentativa em favor de sua razoabilidade e proporcionalidade, demonstrando a existência de interesse estatal (i), o caráter imperioso da medida (ii) e a inexistência de cursos de meios alternativos menos restritivos dos direitos sociais em questão (iii) (GARCÍA; GUERRERO, 2009).

Também no México, doutrina e jurisprudência reconhecem o princípio da vedação do retrocesso social. O caso paradigmático, naquele país, adveio com a nova Lei do Instituto de Seguridade Social dos trabalhadores do Estado (promulgada em 31/03/2007), que modificou todo o regime de direitos da seguridade social mexicana, com a finalidade de se obter sua viabilidade financeira.

No entanto, essa legislação diminuiu inúmeras prestações sociais, sem sequer deixar em aberto à opção de permanecer no sistema anterior. Como consequência, milhares de trabalhadores ingressaram no Judiciário, requerendo a declaração de sua inconstitucionalidade. Apesar de o plenário da Suprema Corte de Justiça Nacional (SCJN), por maioria dos votos, ter declarado sua constitucionalidade, da análise dos votos minoritários, depreende-se o reconhecimento, pela primeira vez no ordenamento jurídico mexicano, do princípio da vedação ao retrocesso social²⁹ (GARCÍA; GUERRERO, 2009).

Em suma, os julgadores afirmaram que: “uma vez alcançado certo nível de proteção constitucional e legal, a liberdade de configuração do legislador em matéria de direitos sociais se vê restringida” (GARCÍA; GUERRERO, 2009, p.327-328).

²⁹ De acordo com os votos vencidos, para os ministros da SCJN, Juan N. Silva e Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, além do fato de o Estado mexicano estar violando o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), a supracitada lei é retrógrada em pelo menos três aspectos essenciais: 1- há um aumento de quotas aos trabalhadores ativos, aumento de idade e de tempo de serviço; 2- há uma troca do sistema de pensões e quem irá arcar com isso serão os trabalhadores e 3- existe uma intenção em colocar limite à responsabilidade estatal em matéria de pensões. Desta forma, a Lei seria inconstitucional, haja vista, conforme os votos minoritários, os direitos fundamentais sociais serem indisponíveis para o legislador, tanto que estão constituídos como garantias e bases mínimas da seguridade social, conforme art.123, parágrafo B, XI, da Constituição mexicana.

Há, contudo, inúmeras críticas quanto à formulação do princípio da vedação do retrocesso social.

A primeira diz que ele não deveria ser aplicado apenas na defesa dos direitos fundamentais sociais, mas sim ser estendido a todas as normas constitucionais (posicionamento defendido por Jorge Pereira da Silva, José Vicente dos Santos Mendonça), ou pelo menos a todos os direitos fundamentais (Sarlet). Porém, acompanhando Derbli (2007, p.264): “A proibição do retrocesso mostra-se, à luz da Constituição pátria, aplicável somente quanto à concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais, em respeito à fórmula adotada pelo constituinte para a positivação do *bloco constitucional dirigente*.” (grifos nossos), entendimento que também deve ser aplicado no que tange ao ordenamento jurídico mexicano.

Feitas estas considerações, mister passar ao exame do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

1.3 Restrições a direitos fundamentais e seu núcleo essencial: análise das teorias interna e externa

Falar em núcleo essencial de um direito fundamental significa que eventual restrição ou limitação não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, sob pena de tornar o ato inconstitucional (SARLET, 2009).

Destarte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser entendido como o “limite dos limites”, já que delinea a parte do direito que não pode ser violada ou limitada (LOPES, 2004).

A possibilidade da restrição dos direitos fundamentais, observados certos critérios, é decorrência direta de sua estrutura principiológica, pois estes não são absolutos. Salienta-se que, por serem direitos constitucionais, os direitos fundamentais somente poderão ser restringidos por normas de mesma hierarquia (restrições diretamente constitucionais) ou em virtude delas (restrições indiretamente constitucionais).

Tais restrições poderão incidir tanto sobre o próprio direito fundamental, quanto podem estar contidas na delimitação do seu âmbito de proteção. Este âmbito de proteção significa o âmbito de incidência do princípio e se refere a sua hipótese de fato. Assim, as *teorias interna e externa* relacionam-se à restrição, limitação e ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

De acordo com a teoria interna, os direitos fundamentais traduzem posições jurídicas definitivas. Desse modo, a restrição pertence ao direito fundamental, integrando-o, não vindo de fora. Segundo ela, o termo “restrição” é substituído por “limite”, também chamado “restrições iminentes” (LEIVAS, 2006).

Assim, para a teoria interna, não existem duas coisas – o direito e sua restrição – mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. Ela sustenta não existirem limites aos direitos fundamentais, pois seu conteúdo já é previamente delimitado (FREITAS, 2007). Cumpre salientar que essa teoria surgiu como crítica à teoria externa, notadamente por parte de Peter Häberle.

Os limites, na teoria interna, são concebidos *iminentes*, ou seja, nem todos os modos de exercício estão abrangidos na previsão normativa do direito fundamental. Para Freitas (2007), contudo, a teoria interna é infensa a uma visão jurídica principiológica.

De outro norte, *a teoria externa assevera que a restrição atua sobre o direito fundamental, posteriormente*. Desta maneira, direitos fundamentais traduzem direitos *prima facie*.

De se ressaltar que, de acordo com a teoria externa, o conteúdo dos direitos fundamentais é *prima facie* ilimitado. Porém, esta teoria reconhece que alguns limites já são positivados pelas próprias normas constitucionais e se diferem dos limites iminentes em razão de seu caráter expresso (por exemplo: o direito constitucional de reunião - esta deve ser pacífica, sem armas).

Segundo Alexy (2008), o conceito de restrição a um direito sugere a ideia da existência de duas coisas distintas: o próprio direito e sua restrição. Caso a relação entre direito e restrição seja definida dessa forma, haverá, em primeiro lugar, o direito propriamente dito, não restringido, e, em segundo, aquilo que resta do direito após a sua restrição, ou seja, o direito restringido. A concepção adotada pelo autor refere-se à *teoria externa*, segundo a qual não existe relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição: “Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos” (ALEXY, 2008, p.277).

Outrossim, Alexy (2008) sustenta que uma restrição a um direito fundamental somente é possível se, naquele caso concreto, for atribuído peso maior ao(s) princípio(s) colidente(s) do que àquele que dispõe sobre o direito fundamental em questão.

Ainda segundo a teoria externa, restrições podem ser estabelecidas em normas infraconstitucionais, com ou sem reserva legal³⁰.

Adotar uma das duas teorias (interna ou externa) implica concepções distintas de Estado: “Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel do membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna.” (ALEXY, 2008, p.278).

Em suma, caso se considere que direitos fundamentais trazem direitos prima facie, adota-se a teoria externa, no entanto, se se parte de posições definitivas, defende-se a teoria interna (ALEXY, 2008).

Assim, assevera o jusfilósofo alemão: “(...) a teoria externa só é compatível com a concepção dos direitos fundamentais enquanto princípios e a teoria interna, com a concepção deles como regras (...)” (ALEXY, 2008, p.169).

1.3.1 Teoria absoluta e relativa do núcleo essencial do direito fundamental:

Busca-se, neste momento, analisar como a positivação do núcleo essencial de um direito fundamental pode repercutir na realidade de um país e, posteriormente, a relação entre essa positivação e o mínimo existencial.

Segundo a *teoria absoluta*, cada direito fundamental possui um núcleo intangível, no qual não se pode intervir, em hipótese alguma. Nesse lógica, o conteúdo de determinado direito não varia, ou seja, não depende do caso concreto: “(...) sua caracterização se faz a partir da consideração de que existe uma esfera permanente de direito fundamental que constitui seu núcleo essencial, que independe das circunstâncias do caso concreto” (FREITAS, 2007, p. 198).

³⁰Existem *restrições estabelecidas em norma infraconstitucional à norma jusfundamental com reserva legal simples*: “Por intermédio dela (reserva legal simples) o legislador constituinte simplesmente remete ao legislador ordinário a tarefa de em momento posterior limitar o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como prefigurado na norma jusfundamental, sem, todavia, acrescer a tal autorização qualquer espécie de delimitação, (FREITAS, 2007, p.163)”. E também *restrições estabelecidas em norma infraconstitucional à norma jusfundamental com reserva legal qualificada*, em que o espaço de atuação do legislador infraconstitucional é menor: “Assim, consoante acentua Steinmetz, o que caracteriza e distingue a reserva de lei qualificada é a circunstância de que a norma constitucional assim como autoriza a restrição ou perseguidos determinados objetivos”, (FREITAS, 2007, p.165). Diante de norma de direito fundamental dotada de reserva legal qualificada não se podem excluir as possibilidades de limites e restrições outros que não exatamente aqueles relativos aos fins a serem atingidos ou aos meios a serem adotados na busca desse fim, desde que se mostrem razoáveis e adequados.

Por outro lado, a *teoria relativa defende que o núcleo essencial é identificado a partir da ponderação* dos princípios e interesses em colisão em um dado caso concreto (ALEXY, 2008, p. 296). Assim, o conteúdo do direito fundamental somente é conhecido analisando-se os direitos envolvidos no caso concreto, podendo ser ampliado ou restringido.

Pela *teoria relativa, é possível que, em determinados casos, um direito fundamental seja integralmente sacrificado em razão do peso do princípio com ele colidente*. Portanto, o núcleo essencial de um direito fundamental é “elástico”, variando conforme as circunstâncias concretas e o peso dos princípios, bens jurídicos e valores em colisão. Assim, na teoria relativa³¹, nenhum direito fundamental é dotado de um valor incondicional, mas visto como algo cuja essencialidade está na proibição de sua limitação arbitrária (LOPES, 2004).

Para Alexy (2008), a defesa do núcleo essencial a partir da própria Constituição acarreta uma definição *a priori* de tal núcleo, o que impede que tal conteúdo seja remodelado nas eventuais ponderações demandadas pelos imprevisíveis casos concretos. Por outro lado, os defensores da teoria absoluta sustentam que a própria essência da fundamentalidade de um direito não pode ficar sob a disposição da ponderação, sob um juízo instrumental e contingencial.

Pulido (2007) sustenta que a ideia de que todo o direito fundamental tem um núcleo essencial que não pode sofrer restrições parte da equivocada concepção de um direito em abstrato e isolado, enquanto a ponderação trabalha com a observação de direitos em concreto e considerados como integrantes de um sistema de relações constitucionais. Entretanto, essa dicotomia excludente (entre adotar ou teoria absoluta, ou a relativa) precisa de um estudo pautado pela realidade de ordenamentos constitucionais concretos e, para isso, o estudo comparado pode significar importante contributo.

1.4. Colisão de direitos fundamentais sociais e ponderação:

Como se sabe, em virtude da ausência ou insuficiência de políticas públicas, em diversos casos, o titular do direito fundamental social recorre ao Poder Judiciário para ter sua

³¹ Ademais: “A teoria relativa parte da premissa conforme a qual toda restrição imposta a direitos fundamentais exige uma justificação, tenha ela autorização constitucional explícita ou implícita, no último caso desde que corresponda à necessidade de preservar outros direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos. Daí a razão para que Alexy afirme que o conteúdo essencial é o que resulta depois de uma ponderação (...)” (FREITAS, 2007, p.196).

pretensão material satisfeita, inaugurando, pois, a colisão de diversos princípios³². Para dirimir tal colisão, deve-se aplicar a máxima da proporcionalidade³³.

De início, convém salientar que, segundo Alexy (2014), esses casos devem observar a denominada *lei da colisão*³⁴, que tem como consequência uma relação concreta de precedência, considerando as condições do caso concreto. Ao final, a questão é solucionada ao se identificar *qual princípio possui o maior peso naquele caso concreto*, após a análise da existência de razões suficientes para sua precedência em relação aos outros, sob as condições específicas daquele caso.

Assim: “São estabelecidas, então, as condições concretas de precedência, passando a decisão que advém como resultado desse processo de ponderação jusfundamental a ter o caráter de regra à qual é subsumido o caso, mesmo tendo ela partido de um princípio (...)” (TOLEDO, 2012, p. 233).

A máxima proporcionalidade³⁵ se divide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação diz respeito à análise do meio para se atingir determinado fim, enquanto a necessidade irá averiguar se o meio eleito é o mais apropriado para o fim pretendido naquele caso concreto; ambas se relacionam com as condições fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito se refere à análise jurídica do caso e obedece à denominada *lei da ponderação*.

³² Alexy (2014) diferencia princípios formais e materiais em razão de seu conteúdo. O objeto de otimização dos princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seu conteúdo. Ademais, os princípios formais se relacionam com a conformidade ao ordenamento jurídico e à eficácia social, ou seja, com elementos definitórios do positivismo jurídico. Em razão disso, Alexy (2014) esclarece que os princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito. Essa dimensão pode se conectar com o aspecto jurídico ideal e, nesse sentido, o princípio da democracia é um exemplo, já que ela tenta institucionalizar os ideais do discurso enquanto deliberação pública. O princípio democrático é formal, uma vez que se trata de democracia representativa, que se aperfeiçoa na figura do parlamento, o qual aplica a regra da maioria. Isso possui assaz importância para a relação entre direitos fundamentais e democracia.

³³ Relativamente à ponderação, esta é: “(...) um método de aplicação e de decisão que privilegia determinado elemento em detrimento de outro que com ele se entrecruza, por intermédio de atribuição de um grau ou peso aos valores intrínsecos de cada um” (PULIDO, 2013, p.105).

³⁴ De acordo com Alexy (2008, p.99), a lei da colisão é expressa da seguinte forma: “Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: (P1 P P2)C, e se do princípio P1 sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ”.

³⁵ De acordo com Toledo (2012, p. 231): “Como se devem tomar em conta as condições do caso concreto sob as quais um princípio precede o outro, toda precedência principiológica é condicionada, não havendo então princípio dotado de prevalência absoluta. (...) O estabelecimento daquela precedência deve ser feito de forma controlável, isto é, mediante procedimento racional de fundamentação (momento em que desempenham papel central a teoria da argumentação jurídica e a hermenêutica jurídica) do resultado, que se afasta então do subjetivismo e da arbitrariedade do órgão decisor (decisionismo judicial – quando a decisão, com a determinação da preferência condicionada é realizada intuitivamente, com base apenas nas concepções subjetivas de quem pondera, em um processo psíquico racionalmente incontrolável)”. Nesse sentido, com o fito de controlar as decisões acerca dos direitos fundamentais, se utiliza a máxima da proporcionalidade, ordenada em suas três máximas.

Somente se chega à ponderação quando a adequação e a necessidade foram insuficientes para dirimir a colisão, tornando-se necessário, portanto, adentrar o conteúdo dos princípios para se estabelecer a relação de precedência de um sobre o outro (ALEXY, 2008).

Em suma, a ponderação é a forma para resolver a colisão entre princípios, pois advém da ideia de peso: “A ponderação é, então, a atividade consistente em sopesar dois princípios que entraram em colisão em um caso concreto para determinar qual deles têm um peso maior nas circunstâncias específicas e, portanto, qual deles determina a solução para o caso” (PULIDO, 2013, p.93).

Consoante a *lei da ponderação, quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro* (ALEXY, 2008). Destarte, ela segue três passos: definir o grau de afetação de um dos princípios (1), definir a importância de satisfação do princípio colidente (2) e definir se a importância da satisfação do sentido contrário justifica ou não a afetação do outro (3) (PULIDO, 2013)³⁶.

A ponderação nada mais é do que uma forma de argumento e: “Dessa maneira, a teoria dos princípios conecta a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação em uma unidade necessária.” (ALEXY, 2009, p.27).

De se esclarecer que, conforme as lições de Virgílio Afonso da Silva (2002), não há identidade entre a máxima da proporcionalidade e a razoabilidade. Elas se diferenciam em, pelo menos, três aspectos, quais sejam: (i) origem; (ii) estrutura e (iii) objetivo. Assim, a máxima da proporcionalidade possui (i) origem germânica, (ii) subdivide-se em três máximas parciais e (iii) seu objetivo é dirimir colisões entre princípios, sobretudo aqueles que abrigam direitos fundamentais. Já a razoabilidade, de (i) origem inglesa, é bem mais simples do que a primeira (ii) consistindo na proibição de requerer prestações desarrazoadas ao Estado (iii).

Ademais, Alexy (2014) lança o seguinte questionamento: pode um princípio formal ser ponderado com um princípio material e vice-versa? De acordo com o autor, isso é

³⁶ A fórmula da ponderação: A fórmula expressa o peso do princípio Pi em relação ao princípio Pj, nas circunstâncias do caso concreto e: “(...) resulta do quociente entre o produto da afetação do princípio Pi em concreto, seu peso em abstrato e a segurança das premissas empíricas relativas a sua afetação, por uma parte, e o produto da afetação do princípio Pj em concreto, seu peso abstrato e a segurança das premissas empíricas relativas a sua afetação, por outra” (PULIDO, 2013).

Alexy (2009) os fatores supracitados devem ser avaliados de acordo com uma escala (leve, médio e grave), propondo a atribuição dos valores em progressão geométrica.

Ademais, em caso de empate entre os valores resultantes da fórmula da ponderação, operam as cargas de argumentação. Nesse sentido, as lições de Alexy (2008) parecem um pouco confusa, já que no capítulo final da Teoria dos Direitos Fundamentais ele sustenta uma coisa, e no Epílogo da obra (escrito quinze anos depois), sustenta outra (PULIDO, 2013). No corpo da obra, Alexy defende a existência de uma carga argumentativa em favor da liberdade jurídica e da igualdade jurídica. Contudo, no Epílogo, nos casos de empate, ele sustenta que se deve favorecer o ato que se está a julgar.

perfeitamente possível, sendo o que ocorre, por exemplo, na colisão entre segurança jurídica (princípio formal) e justiça (princípio material), cuja solução seria aplicar a *fórmula de Radbruch*³⁷ (que significa, em síntese, que a injustiça extrema não é direito).

Embora se reconheça o grande acolhimento na doutrina, a teoria dos princípios não é imune a críticas.

Nesse sentido, Pulido (2013) afirma que a contradição entre as cargas de argumentação *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore* constituem limite à racionalidade da ponderação, ao conferir ao intérprete uma margem intransponível de subjetividade, considerando que a aplicação de uma ou outra carga depende da postura ideológica do juiz. Todavia, é inevitável que ainda persista uma margem de ação do intérprete, que poderá fazer valer suas ideologias e valores, contudo, isso não retira a importância metodológica da proposta de Alexy.

Importante ressaltar que a teoria dos princípios não propõe acabar com a margem de subjetividade presente no discurso jurídico, qualquer que seja ele (no momento da elaboração ou aplicação do direito). Sua proposta é exigir a necessidade de racionalidade nesse discurso, considerando que o ponto de partida é a decisão fundada na subjetividade do representante popular ou do juiz. Para isso, a teoria propõe não só a análise do discurso, mas também regras que auxiliem na implementação ou enriquecimento de sua racionalidade, ou seja, do grau de objetividade (alcançado dentro da subjetividade da decisão do legislador ou especialmente do juiz)

Ademais, há quem se insurja contra o fato da ponderação não proporcionar uma única resposta correta. Porém, isso também não a desqualifica. Primeiro, porque não se propõe a isso e nem afirma que é possível que isso exista, ou seja, não se pode cobrar a necessidade de algo que não existe/é impossível. Segundo, porque estabelece critérios ou parâmetros para se alcançar *uma* resposta que seja correta. Com base nesses critérios, pode-se também identificar que determinada resposta dada no caso concreto não é correta. Só por aí, já há dois importantes resultados que dão validade e importância à teoria, haja vista haver a possibilidade de se delimitar o discursivamente impossível e o discursivamente necessário.

Outro questionamento fora lançado por Nunes; Scaff (2011): na hipótese de alguém somente ter esperança de cura caso faça um transplante de determinado órgão e, sabendo-se que a capacidade dos serviços públicos é limitada (e, por isso mesmo, existe uma fila nesses

³⁷ Relativamente à fórmula de Radbruch: “De acordo com a lei da colisão, a consequência da precedência do princípio da justiça sobre o princípio da segurança jurídica quando ocorre injustiça extrema é que, sob essa condição, aplique-se a consequência exigida pelo princípio da justiça, que é o princípio que prevalece.”, (ALEXY, 2014, p.16).

casos), seria possível um tribunal decidir que o doente, que veio perante ele, pode pleitear a satisfação do seu direito, em detrimento de outrem? Além disso, seria justo admitir que os tribunais pudessem condenar o Estado a pagar as despesas com o deslocamento de paciente para um tratamento em outro país? Para os autores, o Poder Judiciário não pode fazer *opções políticas* e, por isso, não se justifica tamanha ingerência nas políticas públicas. Verifica-se que os supracitados casos são espécies de *hard cases*, cuja aplicação da máxima da proporcionalidade é medida que se impõe.

Feitas essas considerações, passar-se-á a investigar o direito ao mínimo existencial nos ordenamentos jurídicos brasileiro e mexicano, sua relação com o núcleo essencial e respectivas teorias já apresentadas.

2. ANÁLISE DO DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL E NO MÉXICO:

2.1. Relação entre o direito ao mínimo existencial e a dignidade humana:

O marco teórico adotado para a definição do mínimo existencial tem como ponto de partida a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy (2008), problematizando-a, uma vez que se reconhece as dificuldades de se aplicar uma teoria de origem germânica nos contextos brasileiro e mexicano, haja vista a diferença das condições socioeconômicas dos países.

Ademais, a pesquisa comparada entre Brasil e México não se limitou simplesmente à análise de legislação. Adotando as lições de Cortes (2014), buscou-se enfrentar o tema a partir de uma breve descrição de suas realidades atuais, observando a relação entre as normas jurídicas e a situação social e política desses países, que são, nessa ordem, os dois mais extensos da América Latina.

Ambos são repúblicas federativas³⁸, cujos estados-membros têm autonomia para auto-organização, autogoverno, auto legislação, autoadministração, receitas próprias, ressaltando, contudo, que a concentração de recursos na União é muito maior no México do que no Brasil, onde há um maior grau de descentralização (CORTES, 2014).

A importância da realização do mínimo existencial nesses países é enorme, haja vista o grande abismo socioeconômico existente nessas sociedades. Por precípua, contudo, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o tema.

O reconhecimento de um direito subjetivo ao mínimo existencial teve sua primeira elaboração dogmática na Alemanha, onde também teve precoce reconhecimento jurisprudencial, não obstante aquela Constituição não possuir, de um modo geral, direitos fundamentais sociais expressamente positivados.

Assim, a decisão *BVerfGE 175, 125, em 2010*³⁹, relativa ao Hartz IV (benefício econômico estatal concedido a pessoas em situação de vulnerabilidade) passou a admitir um direito subjetivo ao mínimo existencial. No entanto, nem mesmo no país onde surgiu o

³⁸ “Segundo a literatura nacional brasileira, ao reconhecer os municípios como entes autônomos e uma das esferas governamentais, o Brasil difere do padrão mais comum na maioria dos Estados Federais existentes, que costuma ter somente duas esferas de governo: a central e as regionais. Contudo, como vimos em relação ao México, essa peculiaridade não é exclusiva do Brasil, sendo possível afirmar, com apoio em Durazo Hermann, que o status constitucional dos municípios é uma característica comum aos Estados Federais da América Latina” (CORTES, 2014, p.198).

³⁹ “Um dos pontos mais relevantes dessa sentença é o fato de que a determinação da forma como essas prestações estatais serão cumpridas está no espaço de ação (*Spielraum*) do legislador. Isto é, a decisão quanto a ser o mínimo existencial garantido mediante dinheiro, objetos ou serviços é de competência do poder legislativo.” (TOLEDO, 2016, p.823).

conceito, seu conteúdo é pacífico, sendo utilizada, majoritariamente, a proposta de Alexy (TOLEDO, 2016).

Assim, o direito ao mínimo existencial, de acordo com Alexy (1985), é composto pelo conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de nível elementar de dignidade humana. Na Alemanha, seu conteúdo é composto pelo direito a uma *moradia simples, à educação fundamental, média e profissionalizante e a um nível mínimo de assistência médica*.

Ademais, doutrina e jurisprudência majoritárias alemãs consideram a fixação do valor da prestação assistencial destinada à satisfação do mínimo existencial é variável no tempo e no espaço, dependendo do *standard* socioeconômico vigente. Disso infere-se a necessidade de se estabelecer um *standard* mínimo de vida aceitável para o Brasil e para o México, considerando que este padrão não será o mesmo daquele estabelecido na Alemanha.

Na doutrina alemã, o primeiro nome a sustentar a possibilidade da existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial foi Otto Bachof, na década de 1950, afirmando que o princípio da dignidade humana não diz respeito tão somente aos direitos de liberdade, mas também a um mínimo de segurança social, pois, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada (SARLET, 2007).

Destarte, *o direito ao mínimo existencial traz determinados direitos subjetivos mínimos que integram o conteúdo da dignidade humana e, por isso, faz-se necessário investigar seu fundamento à luz deste princípio*.

Conquanto o conceito de mínimo existencial tenha sido criado sob o prisma da autonomia privada, o ordenamento jurídico atual gira em torno do conceito de dignidade humana e isonomia substancial, o que demonstra mudança em sua concepção originária: “(...) atualmente, *o mínimo existencial já vem sendo reconhecido como o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana*, em clara tentativa de conciliação da formulação de inspiração kantiana com o pensamento contemporâneo.” (DERBLI, 2007, p 104).

Sarlet (2007)⁴⁰ realiza uma análise das *dimensões* da dignidade humana, buscando definir seu conteúdo enquanto norma *princípio*. Uma das dimensões é a cultural, que se refere à mutabilidade de seu conteúdo, variável no tempo e no espaço. Esta ainda se desdobra em uma *dimensão negativa* e outra *prestacional*, se apresentando, desta maneira, tanto como *limite à autonomia*, quanto *tarefa do Estado, ligada à assistência social*.

⁴⁰ Sarlet (2007, p.369) considera não haver equiparação entre os conceitos de liberdade e dignidade, mas forte ligação: “(...) a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e os direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade da pessoa humana”.

Assim, a dimensão prestacional da dignidade humana visa assegurar que o indivíduo possua *meios necessários para agir autonomamente* e isso significa dizer que ao menos suas *necessidades mais elementares* devem ser garantidas pelo Estado. Esse entendimento nada mais é do que a garantia do mínimo existencial (SARLET, 2007).

O conceito de *necessidade básicas* vincula-se à prevenção de prejuízos graves, segundo Doyal e Gough, citado por Leivas (2006). Para alguns críticos, contudo, o conceito de mínimo existencial como critério de satisfação das necessidades básicas nega o ótimo atendimento; entretanto, tal posicionamento deve ser refutado, haja vista que assegurar o direito ao mínimo existencial não exclui a garantia de outros direitos fundamentais sociais.

Portanto, o atendimento às condições materiais básicas de vida para as pessoas em estado de carência financeira se justifica, basicamente, pela garantia de liberdade (relativo ao efetivo *exercício* da liberdade) e na compreensão de que o mínimo existencial é um fim em si mesmo, sendo exigência autônoma da Justiça e da Moral.

Nesse sentido, para Sarlet (2007), a garantia do mínimo existencial não depende de expressa previsão constitucional para ser reconhecida, por decorrer diretamente do princípio da dignidade humana. Igualmente, Sarmento (2010) afirma que, do ponto de vista jurídico, este princípio é o fundamento normativo do mínimo existencial.

Também no ordenamento jurídico mexicano, com a reforma legislativa em matéria de direitos humanos⁴¹, a dignidade humana passou a ser a razão primeira da atividade governamental e fundamento do ordenamento jurídico (HUERTO, 2013).

Ocorre que, não raras vezes, ela é invocada como mero recurso retórico pela doutrina e jurisprudência, sendo este o maior entrave para sua aplicação enquanto norma jurídica⁴². Muitos provimentos jurisdicionais a utilizam para fundamentar qualquer decisão, podendo-se chegar à situação absurda de argumentos contrários serem invocados em seu nome⁴³. Nesse

⁴¹ Houve uma grande reforma legislativa no ordenamento jurídico mexicano em matéria de direitos humanos, publicada no Diário Oficial da Federação em 10/06/2011, que fora um divisor de águas na história dos direitos humanos no país. O novo modelo constitucional mexicano passou a se voltar para a plena garantia desses direitos e cumprimento das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) no Estado do México (HUERTO, 2013).

⁴² “O tratamento absolutamente superficial e retórico desse tema, marcado pela aleatoriedade da escolha dos elementos caracterizadores de seu conceito, começa a partir da comum referência à expressão dignidade da ‘pessoa humana’ – que é utilizada pela própria Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo primeiro. Aleatoriedade é característica oposta à precisão científica. A cientificidade do conceito exige a utilização apenas de notas a ele essenciais, exclusivamente necessárias, isto é, aquelas que dadas, fazem com que o objeto se apresente como tal e, se retiradas, o objeto deixa de existir. Ora, todo ser humano é pessoa. Portanto, a expressão dignidade da “pessoa humana” é absolutamente redundante. Não por outro motivo tal problema não ocorre no idioma alemão (*Menschenwürde*) do qual deriva o conceito de mínimo existencial ou no idioma internacionalmente utilizado na produção científica, o inglês (*human dignity*)” (TOLEDO, 2016, p.821).

⁴³ Habermas (2010) reconhece que a solução dos casos difíceis podem gerar diferentes resultados, em diferentes contextos. Deste modo, a dignidade humana serviu (e ainda serve) para se atingir pretensos consensos.

sentido, Habermas (2010, p.467) afirma que:⁴⁴ “Todos concordam que a dignidade é uma questão central, mas não se sabe o porquê ou como”.

Segundo Fachin (2010, p.107): “A dignidade da pessoa humana não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração”. Deste modo, um discurso de dignidade humana que não parta da negatividade, ou seja, do espaço em que ela é negada, não será nada além de um discurso de legitimação, sem conteúdo emancipatório.

É inegável a influência das ideias kantianas⁴⁵ para o desenvolvimento do tema. Interessante a observação de Toledo (2016) para quem o conceito de dignidade humana vai além da fórmula genérica kantiana de não tratar pessoas como objetos, haja vista existirem vários direitos subjetivos com ela diretamente relacionados (o direito à vida, liberdade, igualdade, integridade física, privacidade são alguns exemplos) e, em razão disso, *a dignidade humana pode ser definida em condições concretas*.

No nosso ordenamento jurídico, ela é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), atuando como verdadeiro fio condutor dos direitos fundamentais e reforçando a ideia de uma complementaridade entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais: “(...) na medida em que todos eles densificam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana, ainda que a ela não se reduzam” (CANOTILHO *et al*, 2013, p.534).

Ademais, Maria Celina Bodin de Moraes (2010) sustenta haver quatro vertentes da dignidade humana, quais sejam: o sujeito reconhece a existência do outro como igual (i), merecedor do mesmo respeito à integridade psicofísica (ii), dotado de vontade livre e autodeterminação (iii), sendo parte integrante do grupo social, com a garantia de não vir a ser marginalizado (iv). Em síntese, para a autora, são seus corolários os princípios da *igualdade*,

⁴⁴ Ademais, Habermas (2010) assevera existir uma *função inventiva da dignidade humana*, pois, ocorrida a sua violação, surge primeiro a consciência desta transgressão e, em seguida, esta migra para os textos legais, a fim de coibir outras ofensas. Como exemplo, cita a Constituição de Weimar (1919), que previa a necessidade de se garantir uma vida digna a todos (art.151) e que influenciou, anos mais tarde (1944), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) a positivar norma nesse sentido, bem como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), especialmente em seu o art. 22, ao prever que os direitos econômicos, sociais e culturais são indispensáveis à promoção da dignidade humana. O autor aponta também uma *função heurística da dignidade humana*, que seria o elo entre as “categorias” de direitos fundamentais, ou seja, mesmo os direitos de cunho liberal são indissociáveis daqueles de cunho prestacionais. Em suma, Habermas (2010, p.468) afirma que: “A dignidade humana, que é a mesma em todos os lugares, para todas as pessoas, é fundamento para a indivisibilidade para todas as categorias de direitos humanos”. Por derradeiro, há uma *função sismográfica*, que se refere à função mediata da dignidade humana, na mudança de perspectiva de obrigações morais para obrigações jurídicas (HABERMAS, 2010).

⁴⁵ *As coisas têm preço e as pessoas têm dignidade*. Não se deve tratar pessoas como coisas, pois isso seria uma afronta à sua dignidade. Nesse sentido, de acordo com Moraes (2010, p.115): “Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma *dignidade* inerente à espécie humana.”

integridade física, moral, e solidariedade, este último intimamente ligado ao mínimo existencial.

De se salientar que o direito ao mínimo existencial abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se para além do limite da pobreza absoluta, pois a vida não pode ser reduzida à mera existência (SARLET, 2007). Conclui-se, então, ser o *mínimo existencial* diferente do denominado *mínimo vital*, uma vez que este se refere apenas à garantia da vida humana (relacionando-se ao direito à saúde e ao direito à moradia), sem, necessariamente, garantir condições de vida digna, com certa qualidade.

Muitos ainda defendem que o Estado deve se limitar (em termos de direitos subjetivos a prestações positivas) a efetivar apenas o mínimo vital, contudo, tal posição vem sendo refutada por grandes nomes que estudam o tema, a citar, Ricardo Lobo Torres (2009), pioneiro no tratamento do mínimo existencial no Brasil.

Consoante às lições de Torres (2009, p.35): “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”. Desta leitura depreende-se ter o autor optado por um conceito de mínimo existencial bastante abrangente⁴⁶, definindo seu conteúdo, inclusive, sob uma ótica tributária.

Igualmente, Barcellos (2005) sustenta que o mínimo existencial engloba, além de determinados direitos fundamentais sociais, o direito ao acesso à justiça (direito de natureza procedimental).

Diferentemente de Torres e Barcellos, contudo, o presente trabalho considera que o *mínimo existencial se refere apenas ao núcleo essencial de determinados direitos fundamentais sociais* (TOLEDO, 2016), que serão doravante analisados. Cumpre salientar, ainda, que não se pode inserir, aleatoriamente, direitos outros no conteúdo do mínimo existencial (pois isso retiraria sua força vinculante e exigibilidade imediata) e, deste modo, ele deve ser delimitado com base em sua definição original⁴⁷.

No Brasil, Canotilho *et al* (2013) sustenta haver uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de reconhecer um direito subjetivo ao mínimo existencial. Para além desses parâmetros, contudo, os direitos fundamentais sociais dependerão sempre das políticas públicas e das circunstâncias do caso concreto, o que não exclui sua maximização.

⁴⁶ “O mínimo existencial postula as políticas públicas maximalistas, pois deve ser dinamizado e ampliado em sua extensão máxima. Os direitos sociais, vinculados ao princípio da reserva do possível, devem ser otimizados na extensão que melhor aprouver ao legislador, pois estão sujeitos às escolhas políticas da maioria, sempre trágicas” (TORRES, 2009, p. 275).

⁴⁷ Isso explica, então, por que devem ser apenas os direitos fundamentais *sociais* e não outros, a integrar o conteúdo do mínimo existencial.

Outrossim, no ordenamento jurídico mexicano, o advento do Estado Social⁴⁸ permitiu o paulatino reconhecimento da justiciabilidade de todos os direitos fundamentais sociais, bem como da *garantia de condições mínimas para uma vida digna*, que implicou a abertura de novos espaços para o exercício da soberania popular e tornou possível uma maior distribuição de riquezas, o que, em última instância, significa uma maior igualdade entre os homens. (GARCÍA; GUERRERO, 2009).

Quanto aos meios para a realização do mínimo existencial, estes dizem respeito ao *espaço de ação* do legislador e do executivo: “Isto é, a decisão quanto a ser o mínimo existencial garantido mediante dinheiro, objetos ou serviços é de competência do poder legislativo.” (TOLEDO, 2016, p.823). Assim, tais escolhas se relacionam à esfera de discricionariedade legislativa e executiva para a elaboração das políticas públicas.

Cumprе esclarecer que, acompanhando o entendimento de Angelucci (2015)⁴⁹, aqui também se entende ser inviável agregar ao conteúdo do mínimo existencial o direito à moradia⁵⁰, sobretudo em momentos de crise econômica (como o atual), pois, conforme já sustentado, aumentá-lo em demasia retiraria sua força vinculante e exigibilidade imediata. Outrossim, o conteúdo do mínimo existencial varia de acordo com as condições socioeconômicas da realidade nacional onde será aplicado e tais condições são completamente distintas entre Alemanha (onde o direito à moradia simples compõe o mínimo existencial) e o Brasil e o México – sendo esta a principal razão de sua exclusão.

⁴⁸Relativamente ao Estado Social de Direito, destaca-se, novamente, a importância da Constituição mexicana de 1917, que incorporou a preocupação relativa ao desenvolvimento da sociedade e valorização dos indivíduos, socialmente inferiorizados. Nesse sentido: “Enquanto as clássicas declarações de direitos consagravam, basicamente, a proteção do indivíduo contra o Estado, reservando àqueles um espaço intangível de liberdade, as novas declarações passaram a se ocupar também da proteção dos indivíduos em face do poder econômico e em propiciar-lhes prestações estatais positivas. (...) Em um primeiro plano, aparecem os chamados direitos sociais, ligados sobretudo à condição dos trabalhadores (...) De outro lado, o indivíduo adquire o direito de exigir certas prestações positivas do Estado: o direito à educação, previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais” (SUNDFELD, 2012, p.54-55).

⁴⁹Nesse sentido, afirma Angelucci (2015, p.49): “Desta forma, entendemos que, tanto no Brasil quanto na Colômbia, o direito à moradia ainda permanece fora do conteúdo do mínimo existencial, o que se justifica pela grande dificuldade de correspondência entre a possibilidade de judicialização [justiciabilidade] do direito à moradia e a realidade destes países periféricos, que não contam sequer com prestações adequadas de saúde e educação. (...) [porém] O direito à moradia não deixa de ser um direito fundamental social vinculante, que pode ser cobrado na justiça”.

⁵⁰Breves esclarecimentos: O direito à moradia, na Carta Magna mexicana, está previsto no art. 4º, que assegura o direito à moradia simples e digna. Trejo (2013) assevera que o Poder Judiciário tem se pronunciado no sentido de proteger esse direito frente à rescisão de contratos por falta de pagamento. Ademais, segundo Trejo (2013), a definição de uma moradia adequada não deve ser interpretada restritivamente (como o direito a ter um apenas um “telhado sobre a cabeça”); deve ser considerado o direito a viver em segurança, paz e dignidade. Ele deve ser garantido a todos. As obrigações decorrentes do direito à moradia adequada: O dever de respeitar implica algumas abstenções estatais, como não promover despejos e demolições forçadas. A obrigação de proteger se relaciona ao dever do Estado de impedir que terceiros façam ingerências desnecessárias a vivenda de outrem. Ademais, garantir que as instituições financeiras concedam financiamentos para esse fim, sem discriminações. A obrigação de garantir comporta a exigência de que os Estados adotem medidas legislativas, administrativas, judiciais e outras para a realização plena do direito à moradia adequada (TREJO, 2013).

Assim, verificam-se obstáculos intransponíveis para incluir o direito à moradia no conteúdo do mínimo existencial no Brasil e no México, como a existência de inúmeras favelas (comunidades), com elevado número de moradores, que, em geral, não estariam contidas no critério de *moradia simples*, bem como em razão da insuficiência de abrigos públicos.

Isso não significa, contudo, que o direito à moradia deixa de ser direito fundamental social (até porque, ele está previsto como tal nos art. 6º da CF/88 e no art. 4º da Constituição do México)⁵¹, mas tão somente que, para o momento, ele está excluído do conteúdo do mínimo existencial.

Isto é, seu núcleo essencial não tem grau de determinação conteudística e permanência temporal suficiente para sua demanda como direito integrante do mínimo existencial, que, uma vez identificado, exclui a ponderação com qualquer princípio contraposto (inoponibilidade do argumento da reserva do possível), em virtude do seu superior peso abstrato. Em todos os demais casos, essa ponderação deve ser feita, verificando-se, portanto, a viabilidade de implementação do direito à moradia, considerando, na situação concreta, a razoabilidade do interesse individual arguido e a estabilidade do orçamento público. No caso do mínimo existencial, o que ocorre é que, uma vez identificada, no caso concreto, a integração do direito fundamental demandado ao conteúdo mínimo existencial, ele deve ser imediatamente cumprido (TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, Juiz de Fora, 10 dez. 2015).

Destarte, a partir da proposta de Alexy (1985), conclui-se que, no Brasil e no México, compõem o mínimo existencial os direitos fundamentais sociais à educação e à saúde.

Nesse sentido, por exemplo, nossa Carta Magna prevê dotação orçamentária específica para o financiamento dos direitos à saúde e à educação, trazendo até mesmo a possibilidade de intervenção federal e estadual em caso de inobservância da aplicação do percentual mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais e da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde⁵².

⁵¹ Art. 4º, Constituição do México: “ (...) Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.”

⁵² “Art. 34, CF/88: A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”

“Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...) III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”

Igualmente, também a Constituição do México destina especial tratamento aos referidos direitos.

Então, faz-se necessário, nesse momento, definir quais as prestações materiais e os meios utilizados para se garantir o direito ao mínimo existencial, no tocante ao direito à educação e à saúde, nos países analisados.

2.2 Do direito à educação no Brasil:

Com relação ao conceito de educação, embora não haja uma definição concludente, pois seu conteúdo está em constante mudança (SIFUENTES, 2009), para fins deste estudo, adota-se o entendimento de que a educação visa o pleno desenvolvimento humano, sendo, inclusive, o elemento que diferencia o mínimo existencial do mínimo vital, ao acrescentar uma dimensão social e integradora ao aspecto meramente biológico (conforme já apontado).

Assim: “O direito ao pleno desenvolvimento da pessoa consiste em formar indivíduos capazes de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem, em decorrência precisamente da regra de reciprocidade que torna legítima para eles mesmos” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p.1965).

A educação se relaciona, ainda, ao preparo para o exercício da cidadania. Destarte, Hesse (1998) afirma que a democracia é um assunto de cidadãos emancipados e informados, não de uma massa de ignorantes, dirigida apenas por emoções e desejos irracionais que, por governantes (bem intencionados ou não), é deixada na obscuridade.

Dada a sua importância, ela está presente em todas as Constituições brasileiras, desde a primeira, a imperial, outorgada por Dom Pedro I, em 1824, até a última, promulgada em 05 de outubro de 1988 (BOAVENTURA, 1995). Isso explica o fato de a educação contar com uma regulamentação detalhada e densa na nossa Constituição vigente, a começar pelo artigo 6º, *caput*,⁵³ que elenca um rol de direitos fundamentais sociais, dentre eles o supracitado⁵⁴, bem como nos art.205 e seguintes da CF/88.

⁵³ Art. 6º, CF: “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](#))

⁵⁴ Princípios constitucionais que dispõem sobre o ensino: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade e piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública (art. 206, CF).

Relativamente ao desempenho educacional do país, um dos recursos utilizados é a *avaliação PISA* (sigla em inglês para o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes), aplicada aos estudantes em fase de conclusão do ensino fundamental em diversos países. Esse é um programa desenvolvido e coordenado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e, no Brasil, ela é coordenado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).

Quanto aos resultados da avaliação PISA, o Brasil foi o país com maior avanço no desempenho de alunos de 15 anos em matemática entre 2003 e 2012. Nesse período, a média de desempenho dos estudantes brasileiros saltou de 356 para 391, um aumento de 35 pontos. No entanto, no *ranking* de matemática, país ocupa a 58ª posição entre os 65 países participantes da última edição, duas posições a menos que em 2009 e mais de 100 pontos abaixo da média dos países da OCDE, que foi de 494 pontos (OCDE, 2012)⁵⁵.

Em matemática, o Brasil ficou atrás de países latino-americanos como Chile, *México*, Uruguai e Costa Rica e à frente de Argentina, Colômbia e Peru. Os outros países com pior classificação do que o Brasil são Tunísia, Jordânia, Qatar e Indonésia (OCDE, 2012). *Assim, no ranking de 2012, o Brasil ocupa a 58ª posição entre 65 países, enquanto o México ocupa a 53ª.*

De se ressaltar que Brasil e México participam de diversas organizações internacionais (tais como a OEA, OMC, ONU), no entanto, este é membro da OCDE, diferentemente daquele. Assim, o México é bastante cobrado para atingir as metas educacionais previstas na avaliação PISA e o Brasil também procura se aproximar de seus *standards*, visando vir a se tornar um membro da organização (CORTES, 2014).

Outra prova, agora em âmbito nacional, promovida pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB), é a Prova Brasil, a qual visa examinar nosso sistema educacional a partir de testes padronizados e questionários socioeconômicos (BRASIL, 2015).

Segundo o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), nosso país atingiu as metas estabelecidas em todas as etapas do ensino básico. Nos anos iniciais, o IDEB nacional alcançou 5,0 pontos, ultrapassando não apenas a meta para 2011 – que era 4,6 pontos – mas também a de 2013 (4,9 pontos). Contudo, ainda que os resultados apontem avanço, sabe-se que a educação no Brasil ainda se encontra muito aquém de um ensino de alta qualidade e com acesso universal.

⁵⁵ http://www.oecd.org/pisa/keyfindings/PISA2012_Overview_ESP-FINAL.pdf

De se salienta que, em 2010, fora realizada a *Campanha Nacional pelo Direito à Educação*, com o objetivo de traçar metas para uma educação de qualidade, observando-se o tripé gestão democrática e avaliação (1), valorização dos profissionais (2) e financiamento adequado (3), na busca pelo acesso ao ensino de ponta (SOUZA, 2015).

Passando agora para uma análise normativa da CF/88, o artigo 205⁵⁶ inaugura a seção dedicada exclusivamente ao direito à educação, prevendo ser a educação um *dever do Estado e da família, devendo ser fomentada também pela sociedade*⁵⁷.

Em geral, a educação se desenvolve em vários níveis, começando pela família, nos primeiros anos de vida e, posteriormente, na escola e na sociedade, portanto, cada um desses entes possui um grau de responsabilidade para o pleno desenvolvimento do indivíduo. Algumas ações estatais também são necessárias para esse fim, tais como estruturação das escolas, materiais didáticos, merenda de qualidade, professores bem qualificados, bem remunerados e acessibilidade do ensino (SOUZA, 2015).

Ademais, o art. 208, I, CF/88 assevera ser *dever do Estado garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, inclusive assegurando-a aos que a ela não tiveram acesso na idade apropriada* (BRASIL, 1988).

Essa é a redação atual do artigo, modificado pela Emenda Constitucional de nº 59 de 2009, que substituiu a expressão “ensino fundamental obrigatório e gratuito” por “educação básica obrigatória e gratuita dos 04 aos 17 anos de idade⁵⁸” (BRASIL, 2009).

⁵⁶Art. 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.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

⁵⁷ Acerca do papel do Estado, família e da sociedade na educação, sustenta Souza (2015, p. 201): “A ideia da educação é trazer lições de cunho ético, visando à formação do cidadão, como já referido; compete à família encarregar-se da formação moral-religiosa da criança e, ao Estado, uma educação plural, visando à ética e o respeito à diversidade, entrelaçando a educação intelectual à cidadania, formando cidadãos capazes de entender e questionar as mazelas atuais do Estado, exercendo a criatividade social para buscar soluções que melhorem a comunidade em que está inserido. A sociedade, por sua vez, também desempenha importante função no processo de educação da criança, podendo ser ressaltado o papel, por exemplo, da mídia, do rádio e da televisão, que poderiam contribuir com conteúdos de formação social. A grande influência que a mídia possui na vida dos cidadãos, poderia ser uma munição importante para a conscientização das crianças. O conteúdo dos programas de televisão, por exemplo, quando preocupados com a formação destes pequenos cidadãos, poderia levar mensagem de inclusão social, respeito à diversidade, incentivos à cultura e a leitura desde a infância. No Brasil, o papel desempenhado pela mídia acaba influenciando no comportamento social e, para as crianças que possuem pouco discernimento, um conteúdo que incite a violência ou a discriminação poderá ser absorvido como comum. A sociedade, que no caso engloba as mídias de comunicação, as empresas privadas, ONGs e etc., contribui para a complementação da educação do indivíduo.”

“Os valores morais e religiosos serão alcançados com o engajamento da família e da sociedade na formação das crianças; cabe então ao Estado promover a educação intelectual.

⁵⁸ A UNESCO realizou, em dezembro de 2007, encontro com especialistas de vários países buscando definir o termo “educação básica”. Restaram essas conclusões: a educação básica compreende noções tais como fundamental, elementar, primária e secundária; ela deve ser garantida a todos, sem qualquer discriminação, terá duração de pelo menos 09 anos, estendendo-se progressivamente a 12 anos, sendo gratuita e compulsória (SIFUENTES, 2009).

Mas, o que é educação básica? Segundo o art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação⁵⁹ (LDB), a educação escolar compõe-se de educação básica - formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (i), e superior (ii) (BRASIL, 1996).

A *educação infantil*, primeira etapa da educação básica, possui objetivo de promover o desenvolvimento integral da criança até os cinco anos de idade, em seus diversos aspectos: físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Ela será oferecida em creches e pré-escolas, para as crianças até cinco anos, salientando que: “Com a Constituição de 1988 o atendimento às crianças com menos de seis anos ganhou notoriedade Constitucional, visto que antes este ramo do ensino era apenas de índole assistencial.” (SOUZA, 2015, p.205).

Para Canotilho *et al* (2013), o direito à educação infantil é resultado do desenvolvimento da nossa sociedade nas últimas décadas, em especial com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, que gerou ao Estado um dever de providenciar os meios para que estas pudessem deixar seus filhos em creches ou pré-escolas enquanto estivessem laborando.

Deve-se atentar a alteração realizada na LDB pela lei nº 11.274/06, modificando a duração do ensino fundamental, que passou de oito para nove anos, transformando, desta forma, o último ano da educação infantil no primeiro ano do ensino fundamental.

Em suma, a *educação infantil é composta por creches, que cuidam de crianças de até três anos de idade e por pré-escolas, cujo público alvo é composto por crianças de até cinco anos de idade, existindo a previsão de gratuidade, mas não de obrigatoriedade* (BRASIL, 1988).

Ademais, *o oferecimento de vagas em creches e pré-escolas é de competência do sistema de ensino municipal*. A oferta deste tipo de ensino deve ser vista como uma política social básica da educação e não como forma de apoio sócio-familiar (VERONESE, 2009). Porém, os gastos para sua manutenção nem sempre se encaixam no orçamento do Município e, em razão disto, essa deficiência é frequentemente reclamada em ações judiciais (situação que será demonstrada ao longo do trabalho).

Relativamente ao *ensino fundamental*, há previsão constitucional e legal de *gratuidade e obrigatoriedade*.

⁵⁹ Segundo a previsão do art. 22, XXIV, CF, compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Outrossim, nos termos do artigo 24, IX, CF, é *competência concorrente da União, Estados e o Distrito Federal legislar sobre educação*. Assim, a Lei nº 9.394/96, denominada “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (LDB) *regulamenta todo o sistema educacional de nosso país, reiterando aquilo que já fora disciplinado pela Constituição Federal, em linhas gerais, bem como regulamentando detalhadamente outras matérias*.

O art.5º, da LDB, dispõe ser o acesso ao ensino fundamental um direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo. Como se verá no capítulo seguinte, existem instrumentos processuais adequados para a justiciabilidade do direito à educação em todas as suas etapas.

Segundo Sifuentes (2009), o direito à educação engloba também a disponibilização de material escolar, alimentação e transporte e, caso Estado não possa oferecê-lo gratuitamente, deverá suprir essa lacuna através da concessão de bolsas ou da assunção dos encargos nas escolas particulares.

O art. 208, II, III, CF/88, garante, ainda, a *progressiva universalização do ensino médio* gratuito, ou seja, garante-se a progressiva extensão da sua obrigatoriedade e gratuidade.

Merece destaque os parágrafos 1º e 2º, do art. 208, CF/88, que dispõem ser *o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito subjetivo público e, em caso de descumprimento, haverá responsabilidade da autoridade competente*⁶⁰ (BRASIL, 1988), salientando que tais previsões terão implicações diretas na definição do núcleo essencial do direito à educação.

Outrossim, há disposições constitucionais relativas a programas suplementares de educação (tais como o fornecimento de alimentação e transporte aos alunos, previstos constitucionalmente); bem como direito ao ensino noturno para aqueles que não o concluíram na idade recomendada (nota-se que o constituinte quis beneficiar o educando já inserido no mercado de trabalho, prevendo para ele horário alternativo de estudo) e atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (que se refere às peculiaridades dos alunos com necessidades especiais, complementando a educação escolar e devendo estar disponível em todos os níveis de ensino).

⁶⁰ Outra importante legislação infraconstitucional é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na medida em que seu artigo 54 reitera parte do artigo 208 da Constituição Federal, reafirmando ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive aos que não tiveram acesso na idade apropriada (I), progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio (II), atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais (III), atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade (IV), acesso aos níveis mais elevados do ensino (V), oferta de ensino noturno regular (VI), atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (VII). Ademais, o supracitado artigo, reafirma, em seu parágrafo primeiro, ser o acesso ao ensino obrigatório gratuito, consistindo em um direito público subjetivo, bem como em seu parágrafo segundo, prevê a responsabilização da autoridade competente em caso de desrespeito a esta norma (BRASIL, 1990). Há, ainda, normatização educacional emanada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), que também trata sobre as diretrizes e bases da Educação, proferindo normas de abrangência nacional. Já as Secretarias de Educação e os Conselhos de Educação, existentes no âmbito estadual e distrital, em consonância com a competência estabelecida pela Constituição, podem dispor acerca de normas complementares às nacionais, elaborando, por exemplo, resoluções, pareceres, portarias, entre outros.

Quanto ao direito à educação nos níveis mais elevados de ensino, o art. 208, V, CF/88 prevê a meritocracia para seu acesso. Seu ingresso se dá mediante processo seletivo (art. 44 da LDB), em que se avaliam as capacidades individuais do candidato. Cumpre ressaltar ser objetivo do Estado à ampliação do número de vagas ao ensino superior.

Ademais, com o fito de se erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino, formar o indivíduo para o trabalho, fomentar a produção humanística, científica e tecnológica e estabelecer meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do PIB, foi elaborado o *Plano Nacional de Educação* (PNE),⁶¹ com duração decenal, culminando na Lei nº 11.005/14.

O atual PNE terá vigência de 2014 a 2024 e, dentre algumas metas do plano, ressalta-se a nº 1, que visa universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender no mínimo 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência do plano (MEC, 2015).

A meta nº 2 busca assegurar a universalização do ensino fundamental, com duração de 9 (nove) anos, para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos de idade e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência do PNE (MEC, 2015).

A meta nº 3 propõe a universalização, até 2016, do atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência do referido PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).

O PNE prevê, até o final da década, a oferta de educação superior para pelo menos 30% da faixa etária de 18 a 24 anos, através de uma postura ativa, com a efetivação de políticas públicas, tais como a política de cotas (raciais ou sociais), programas de bolsa de estudos (a citar, o PROUNI) ou de financiamento do ensino (a exemplo, o FIES).

Quanto à *subdivisão das modalidades de ensino entre os entes federativos*, a CF/88 prevê que a União organizará o sistema federal, financiando as instituições federais e exercendo função redistributiva e supletiva, de modo a garantir um padrão mínimo de qualidade, mediante assistência técnica e financeira aos demais entes (art. 211, §1º, CF/88). Os Municípios atuarão de maneira prioritária no ensino fundamental e infantil (art. 211, §2º,

⁶¹ <http://pne.mec.gov.br/>

CF/88) e os Estados e Distrito Federal atuarão, sobretudo, no ensino fundamental e médio (art. 211, §3º, CF/88).

O financiamento da educação nacional será realizado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios através de regime de colaboração (art. 211, CF/88). Nesse sentido, *a União aplicará, anualmente, pelo menos de dezoito por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino* (art. 212, CF/88). Outrossim, o artigo 69 da Lei 9.394/96 (LDB), reforça tal previsão orçamentária.

Trata-se de norma que vincula o poder público a aplicar pelo menos o percentual mínimo exigido, sujeitando os administradores à responsabilização pelo descumprimento deste dispositivo constitucional (CANOTILHO *et al*, 2013), podendo até mesmo responder por crime de desobediência (art.330, Código Penal).⁶²

2.3. Direito à educação no México:

Como se sabe, a Constituição do México de 1917 (que vigora até os dias de hoje) foi a primeira no mundo a positivizar direitos fundamentais sociais, após o Estado passar por uma grande revolução. Assim, o México é: “(...) um país onde a palavra revolução tem história concreta, é reivindicação presente em muitos movimentos e organizações políticas, está difundida no cotidiano, aparece constantemente nos periódicos” (BRANDÃO, 2013, p. 170).

Também naquele país, pode-se dizer que a educação: “(...) configura parte fundamental e pressuposto da construção da cidadania e do controle social que exerce no processo deliberativo, neutralizando o equilíbrio das desigualdades, garantindo a pluralidade”, (TREJO, 2013, p.526) (tradução livre).

Outrossim, o direito à educação pressupõe o dever do Estado de promover uma maior equidade educativa e uma efetiva igualdade de oportunidades de acesso e permanência nos serviços educacionais (HUERTO, 2013).

Moreno (2013) destaca as mudanças advindas da reforma constitucional de 11/06/2011, sobretudo no art. 1º, da Constituição mexicana,⁶³ que alterou substancialmente a

⁶² “Art. 330, CP: - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

⁶³ “**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.” (CONSTITUICION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917)

ordem jurídica do país, ampliando a força normativa dos Tratados e Pactos Internacionais sobre direitos humanos, colocando-o em situação semelhante a do Brasil (§2, do art. 5º, CF/88 – bloco de constitucionalidade).

Dentre as mudanças, o art. 1º da Constituição mexicana abandonou a expressão *garantias individuales*, passando a constar *o respeito e garantia aos derechos humanos*. Como consequência, houve sensível aumento das demandas judiciais que tratam do tema, tanto que a Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN), Corte Constitucional mexicana, após um mês e meio da entrada em vigor da reforma, iniciou uma “nova época em matéria de critérios jurisprudenciais”⁶⁴ (MORENO, 2013).

Quanto ao direito à educação, a reforma incorporou o respeito aos direitos humanos dentro dos valores educacionais que devem ser fomentados pelo Estado. O direito à educação sobre direitos humanos, segundo Trejo (2013), decorre da incorporação de diplomas internacionais sobre o tema no país. Assim, depreende-se que o novo modelo constitucional mexicano está especialmente voltado para a plena garantia dos direitos humanos e para o cumprimento das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

Tanto que da leitura dos princípios contidos no art. 3º da Constituição mexicana⁶⁵, infere-se que um dos fins do direito à educação é o respeito aos direitos humanos (art. 3, §2º). Segundo Barba (2014), este princípio ainda traz garantias mínimas para uma maior proteção a esse direito, de modo a proibir o retrocesso nesta seara. O art. 3º ainda prevê os princípios do desenvolvimento harmônico e integral da pessoa, colocando, no centro do projeto pedagógico, a dignidade humana (também presente na axiologia do art. 1º da Constituição do México) (BARBA, 2014).

Cumprе salientar que, de acordo com Anderem (2007), a educação básica no México tem baixos níveis de desempenho, considerando o resultado dos exames internacionais, como a já mencionada avaliação PISA.

⁶⁴ De acordo com as informações extraídas do sítio da SCJN (04 de out. 2011), sobre a nova época jurisprudencial: “Al presidir la sesión solemne del Pleno de la SCJN con motivo de la entrada en vigor de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, el Presidente del Alto Tribunal [Ministro Juan N. Silva Meza] informó que el día de hoy se publicó en el Diario Oficial de la Federación la llamada sentencia Rosendo Radilla, lo que significa la novación del sistema de impartición de justicia para el país, en el cual, todos los jueces mexicanos, en acatamiento a las obligaciones que se comprometen en el sistema interamericano, deberán hacer valer, los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de sus respectivas competencias.” Fonte: <https://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Paginas/04-Oct-2011.aspx>

⁶⁵ Outrossim, assevera Barba (2014, p. 130): “Os princípios e valores constitucionais são uma filosofia ética, uma base jurídica para a moral pública, de um lado, e para o juízo crítico e aceitação das normas, por outro; desta maneira, o projeto de educação moral realiza-se com a aprendizagem de uma cidadania democrática”. (tradução livre).

Para modificar esse quadro, o autor considera que a educação deve ser analisada sob três aspectos: amplitude de cobertura (1), qualidade (2) e eficiência (3). Porém, Andarem (2007) afirma que estes índices variam muito nos estados membros da federação mexicana, pois, segundo ele, a diversidade é tamanha que se pode sustentar a existência de vários “Méxicos”.

Ademais, assevera que há demasiada centralização, no governo federal, das políticas educacionais no México. O autor compara a situação do país com a dos EUA (país onde sequer existe previsão Constitucional específica sobre o direito à educação), entendendo que, em razão da maior autonomia dos entes federativos, verifica-se o bom desempenho educacional dos EUA⁶⁶

Em uma análise normativa, salienta-se que o direito à educação⁶⁷ encontra-se disciplinado no Capítulo I, Título I da Constituição Mexicana, que trata dos direitos humanos e suas garantias, constando, sobretudo, no art. 3º⁶⁸ da referida Constituição.

A maneira detalhada com que este foi previsto constitucionalmente se diferencia dos outros direitos fundamentais sociais (por exemplo, o direito à saúde aparece nos artigos subsequentes de forma mais genérica e abstrata), a semelhança do que ocorre no Brasil, quanto à positivação constitucional do direito à educação (CORTES, 2014).

A redação dada pela última reforma (26 de fevereiro de 2013) ao art. 3º da Constituição do México⁶⁹ dispõe que *todo individuo tem direito a educação. O Estado –*

⁶⁶ Últimos resultados da avaliação PISA estão disponíveis no site: <http://portal.inep.gov.br/internacional-novo-pisa-resultados>.

⁶⁷ Segundo a Relatora Especial da ONU, Katarina Tomasevski, deve-se distinguir educação de direito à educação, uma vez que aquela trata das estratégias e políticas públicas educativas, visando o desenvolvimento social, ou como pré-condição para o exercício de outros direitos, enquanto este, como fim em si mesmo, possui um alcance e conteúdo específico e determinado, e não é um simples meio para se atingir outros fins (HUERTO, 2013).

⁶⁸ Em uma análise da evolução histórica do tema na Constituição mexicana, em 1934, no governo de Lázaro Cárdenas, o *caput* do art. 3º asseverava ser a educação socialista, no entanto, em 1946, no governo de Miguel Alemán Valdés, eliminou-se esta palavra, por ser considerada inadequada. Depois disso, o art. 3º pôde “descansar” por 34 anos, até que em 1980, sob o governo de Lopez Portillo, adicionou-se a autonomia universitária ao referido dispositivo constitucional. Em 1993, ocorreu uma grande reforma, alterando todo o art. 3º, tratando-o como direito individual, que o Estado deve garantir em suas etapas pré-escolar, primária e secundária. Houve ainda a reforma de 2002, que estendeu a obrigatoriedade também para a educação pré-escolar (ANDAREM, 2007). Ademais, em 2013, ocorreram reformas estruturais na Constituição mexicana (educação, telecomunicações, fazendária, política, energética e financeira). Estas alterações também ocasionaram mudanças na legislação infraconstitucional (ou leis secundárias) a citar: um decreto modificando a Lei Geral de Educação mexicana, um projeto de lei para regulamentar as atribuições do Instituto Nacional para a Avaliação da Educação (INEE) e outro, que estabeleceu a criação do Serviço Profissional Docente (BRANDÃO, 2013)

⁶⁹“Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias. *Fe de erratas al párrafo DOF 09-03-1993. Párrafo reformado DOF 12-11-2002, 09-02-2012 (...)*

compreendido como Federação, Estados membros, Distrito Federal e Municípios - irá proporcionar a educação pré-escolar (1), primária (2), secundária (3) e média-superior (4), salientando que as três primeiras formam a educação básica mexicana.

Destarte, desde 2012, a educação média-superior também se tornou obrigatória no México. Assim, deve-se considerar obrigatória, no México, a educação básica e a média-superior (BRANDÃO, 2013).

A educação pré-escolar é oferecida para crianças de 3 a 5 anos de idade. Já o ensino primário é obrigatório, sendo realizado em seis graus, a partir dos 6 anos de idade. O ensino secundário também é obrigatório e é oferecido em três anos, aos alunos que concluíram o primário. O ensino médio-superior é conhecido como pré-universitário, divide-se em três anos e, para o ingresso, é necessário contar com o certificado de ensino secundário e realizar um exame admissional (ANDAREM, 2007).

Segundo Moreno (2013), contudo, a questão do cumprimento dessas normas ainda é um grave problema, em um país em onde os direitos humanos têm sido sistematicamente violados, entre outras razões, em virtude do autoritarismo do Estado, da ausência de uma cultura de respeito e tolerância com os demais e, sobretudo, da falta de educação dos funcionários públicos e dos cidadãos sobre a importância de se promover os direitos humanos.

Nesse sentido, Huerto (2013) alerta que *o art.3º não deve ser interpretado como uma declaração programática ou uma mera representação ideológica do que poderia ou deveria ser a educação, sem nenhum alcance normativo* (repetindo, neste século, o que foi a história dos direitos sociais durante boa parte do passado, ou seja, uma bandeira política sem importância jurídica para os particulares, uma banalização dos direitos sociais e uma absoluta desconsideração de suas garantias). Com isso, o autor ratifica a plena justiciabilidade desse importante direito fundamental social.

O direito à educação, por ser direito fundamental, comporta tanto uma dimensão subjetiva, quanto objetiva.

A dimensão subjetiva se relaciona com a justiciabilidade do direito fundamental, aos casos concretos, e se configura, principalmente, a partir das regras e princípios decorrentes do

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. *Párrafo reformado DOF 10-06-2011(...)*

El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos. *Párrafo adicionado DOF 26-02-2013*
(...) IV. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita;" (MÉXICO, 2015).

aludido art. 3º da Constituição mexicana e dos Tratados Internacionais sobre o tema (HUERTO, 2013).

Já a dimensão objetiva impõem obrigações de fazer às autoridades administrativas e legislativas, abrigando tanto programas do Estado, quanto direitos subjetivos imediatamente vinculantes (HUERTO, 2013).

Em suma, depreende-se ser a educação, simultaneamente, direito do indivíduo e dever do Estado e, somente dessa maneira, é possível construir um modelo de sociedade harmonioso com as normas e valores que regem e orientam a Constituição (HUERTO, 2013).

Cumprir ressaltar que, em termos infraconstitucionais e infralegais, o ordenamento jurídico mexicano possui a Lei Geral de Educação,⁷⁰ a qual dispõe que todo o indivíduo tem direito a receber educação e, desta forma, todos os habitantes do país têm as mesmas oportunidades de acesso ao sistema educativo nacional, satisfazendo-se os requisitos que estabelecem as disposições gerais aplicáveis (art. 2º, §1º).

O país possui, ainda, a Secretaria de Educação Pública, cujo principal objetivo é criar condições que permitam o acesso de todos a uma educação de qualidade. (FONDEVILA, 2005).

O país ainda é signatário do Protocolo adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de São Salvador⁷¹, que listou importantes direitos fundamentais sociais e é um vetor interpretativo em diversas decisões judiciais do país.

⁷⁰ Há ainda a “Lei de Proteção dos direitos das Meninas, Meninos e Adolescentes”, dispõe sobre a proteção contra ações ou omissões que podem afetar, entre outros, o direito à educação, assim como o dever da Federação, Distrito Federal, estados e municípios de fomentar centros educativos para jovens com necessidades especiais. Nos termos do art. 3º da referida lei, a educação deve promover a compreensão, paz e tolerância entre os alunos (HUERTO, 2013).

⁷¹ Destacando-se, quanto ao tema, o art. 26 do Protocolo: “Artigo 26 - *Desenvolvimento progressivo*: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” Díaz (2013) destaca que uma das decisões mais emblemáticas da Corte Interamericana de Direitos Humanos diz respeito ao princípio do desenvolvimento progressivo, estabelecido no referido artigo 26. Este ficou conhecido como o “caso de cinco pensionistas contra o Peru”, pois os pensionistas e suas famílias alegaram descumprimento do art. 26, tendo em vista que o Estado peruano havia reduzido o valor do benefício pago a seus pensionistas, ou seja, descumprido o dever de fornecer um desenvolvimento progressivo aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, a Corte condenou àquele país a indenizar os pensionistas pelos danos materiais causados. Ademais, ela apresentou um informativo, em 1993, com algumas afirmações bastante gerais a respeito do princípio do desenvolvimento progressivo, no sentido de que os Estados deveriam destinar recursos crescentes ao fomento dos direitos contidos na Carta de Organização dos Estados Americanos (Pacto San José da Costa Rica).

Mesmo com essas normas, Díaz (2013, p.130) assevera que os pronunciamentos do Judiciário mexicano e da Corte Interamericana, em matéria de direitos fundamentais sociais, são bastante limitados. O autor questiona o porquê não estão levando ao Judiciário e ao sistema interamericano casos importantes de violação dos direitos fundamentais sociais.

Segundo ele, a resposta se dá em função do parco investimento nessa seara. Entre 2000 e 2007, o gasto social médio fora de 11.19% a 12.56% do PIB mexicano. Em algumas matérias como educação, saúde, seguridade e assistencial social, o crescimento fora de meio ponto porcentual, enquanto os gastos relativos à moradia, de 0,2 %. Isso demonstra que o panorama dos investimentos em direitos fundamentais sociais não é, em geral, favorável (DÍAZ, 2013).

2.4 Do direito à saúde no Brasil:

Além do direito à educação, compõe o mínimo existencial, o direito à saúde. Este, por ser intrinsecamente relacionado ao direito à vida, se torna indispensável para o exercício dos demais direitos e para que se tenha uma vida digna.

Com o advento da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, o conceito de saúde passou a compreender o estado de completo bem-estar físico, mental, social, e não apenas a ausência de doença (MIRANDA, 2013), definição adotada no presente estudo.

Conquanto a maioria das pessoas concorde com a afirmação de que a saúde é assegurada mediante direitos, garantias e deveres fundamentais, ainda existem controvérsias acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, conforme já apontado. Todavia, todos os direitos sociais são fundamentais – o que, por certo, inclui o direito à saúde – e, desta maneira, seus titulares detêm verdadeiros direitos subjetivos, que podem ser arguidos judicialmente, em face do Estado ou de particulares (SARLET, 2007).

Nesse sentido, a fim de evitar qualquer interpretação que desconsiderasse o direito à saúde como norma fundamental, o legislador ordinário estabeleceu expressamente, no art. 2º, da Lei 8.080/90, ser a *saúde um direito fundamental*. No entanto, na contramão desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, persiste em aplicar a teoria das normas programáticas no que tange ao direito à saúde⁷².

Existem dois principais sistemas de saúde: o privado e o misto.

⁷² O que pode ser verificado, por exemplo, no acórdão do ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 23/08/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, STF.

No regime privado, de livre mercado, a saúde é considerada um bem como outro qualquer e, em razão disso, a crítica que se faz diz respeito à grande injustiça que esse sistema pode gerar àqueles que não têm recursos financeiros para tratamento médico.

Em contrapartida, o regime misto, além de prever um sistema universal - ou seja, de assistência à saúde igual para todos, com base na igualdade substancial – prevê também o sistema de saúde suplementar, oriundo da iniciativa privada. O Brasil adotou o regime misto, pois, além do SUS, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, CF/88). Todavia, ele não é imune a críticas. Quanto à universalidade, destaca-se a dificuldade de se determinar o quão completo o sistema deve ser, bem como de se delimitar o núcleo essencial do direito à saúde.

Ademais, em uma análise evolutiva, no Brasil, até a CF/1967, assegurava-se o direito à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva somente aos trabalhadores, cabendo às entidades filantrópicas e assistenciais oferecer os serviços de saúde aos hipossuficientes. Nessa época, existiam quatro sistemas: o privado (1); os planos de saúde, destinados a um grupo seletivo de assalariados e autônomos (2); os serviços públicos destinados aos que contribuíam à previdência social (3) e os serviços prestados por entidades filantrópicas aos indigentes (4) (MIRANDA, 2013).

Todavia, com a Declaração de Alma-Ata, em 1978, passou a se reconhecer a necessidade de um sistema de saúde universal. Desde então, revelaram-se também as inúmeras condicionantes que influenciam diretamente na saúde de determinada população (tais como as condições sociais, econômicas e políticas de determinada localidade)⁷³ (MIRANDA, 2013).

Em 1986 ocorreu no Brasil o movimento denominado “Reforma Sanitarista”, que influenciou sobremaneira a forma com que o direito à saúde foi positivado na CF/88. Uma das consequências desse movimento foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), regido pelo *princípio da universalidade*, cujo conteúdo prevê o amplo atendimento de saúde a todos, de maneira indiscriminada e independentemente de qualquer contraprestação específica. Desta forma, depreende-se que o atual sistema de saúde brasileiro não possui qualquer correlação com um prévio pagamento ou contribuição específica, como ocorria outrora (MIRANDA, 2013).

⁷³ “Neste particular, os estudos desenvolvidos pelo epidemiologista Alan Denver em 1976 rompeu com o modelo biomédico ao propor a influência de quatro categorias básicas condicionantes para o desenvolvimento de doenças: biologia humana (carga genética), fatores ambientais, estilo de vida e serviços de saúde, chegando à conclusão de que, embora os esforços e recursos públicos concentrassem atenção na prestação de serviços, era esse o que menos tinha influência na determinação do estado de saúde.” (MIRANDA, 2013 p.17).

Ademais, o SUS deve observar o *princípio da descentralização*, que apresenta tanto um aspecto político, quanto técnico-gerencial. O primeiro diz respeito à distribuição de competências entre todos os entes federativos, considerando que já não há mais concentração de atribuições somente na figura da União. O segundo visa facilitar a execução dos serviços e políticas públicas de saúde, pois, em virtude de nosso vasto território, os estados e municípios possuem melhores condições para atender as diferentes necessidades regionais e locais, respectivamente.

Destarte, o município é o responsável imediato pelo atendimento das demandas de saúde da sua população, justamente por possuir maior conhecimento das particularidades locais e por ser o ente federado mais próximo da realidade das pessoas. Isso evita, ainda, a duplicidade de investimentos para fins idênticos, ou seja, evita que a União e/ou o estado membro enviem esforços e recursos materiais para o mesmo objetivo (MIRANDA, 2013).

Quanto aos níveis de atenção à saúde, verificam-se três principais áreas: *promoção da saúde* (educação e programas de treinamento) (i), *prevenção de doenças* (ii) e *assistência à saúde* (iii), salientado que o SUS possui atuação em todas elas.

Para Castro (2012), a integralidade do sistema pressupõe a garantia de acesso do usuário a todos os níveis de serviços que sejam necessários ao atendimento de seu caso, ou seja, desde serviços de atenção básica até serviços de mais alta complexidade.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde define a atenção básica⁷⁴ como: “(...) um conjunto de ações de caráter individual ou coletivo, situadas no primeiro nível de atenção dos sistemas de saúde, voltadas para a promoção de saúde, prevenção de agravos e a reabilitação” (CASTRO, 2012 p.155). Esses serviços são oferecidos, sobretudo, nas Unidades Básicas de Saúde (UBS) ou nas Unidades de Saúde da Família.

Já os serviços de média e alta complexidade compreendem os outros dois níveis de atenção do SUS, mas, diante da ausência destes em vários municípios de pequeno porte, os gestores públicos têm implantado o “Plano Diretor de Regionalização”,⁷⁵ que reúne, em

⁷⁴ “É importante salientar que a atenção básica no SUS não deve ser confundida com a atenção primária de saúde, relacionada com a noção de cuidados primários aos pobres. No SUS, a atenção básica não está direcionada apenas para a população carente, ela é de acesso universal a todas as pessoas.” (CASTRO, 2012, p.146).

⁷⁵ “A elaboração do Plano Diretor de Regionalização consiste em um processo de planejamento integrado, coordenado pela respectiva Secretaria Estadual de Saúde, que envolve um conjunto específico de municípios que comporão uma região de saúde do estado. Dessa forma, todo o estado será coberto por regiões de saúde, com enfoque territorial-populacional, que garantirá níveis adequados de resolução dos problemas de saúde da população. (...) O Plano Diretor de Regionalização prevê a divisão dos estados em Módulos e Microrregiões ou Regiões de Saúde, de acordo com as características de cada estado. Os Módulos são compostos por um ou mais municípios e devem cobrir o primeiro nível de referência da média complexidade. Em cada Módulo deve existir um Município Sede que deverá estar habilitado em Gestão Plena do Sistema Municipal e receber os usuários

determinadas regiões, os serviços de média e alta complexidade, necessários aos pacientes (CASTRO, 2012).

A CF/88, em seu art. 196, dispõe ser a *saúde 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* (BRASIL, 1988).

Nunes; Scaff (2011) sustentam que essas políticas públicas devem ter por objetivo não apenas o tratamento da doença, mas também a redução do risco e outros agravos, tudo em observância aos princípios do SUS, como o da universalidade e da igualdade.

Ocorre que o texto constitucional não define exatamente até que ponto a saúde há de ser tutelada, o que dificulta a definição de seu núcleo essencial. Sua positivação é muito mais ampla e abstrata, se comparada ao direito à educação. De qualquer modo, pode-se extrair da CF/88 que, necessariamente, o direito à proteção e promoção da saúde abrange tanto uma dimensão preventiva, quanto curativa (SARLET, 2007).

Ademais, para Barroso (2013), o art. 196 da CF/88 associa a garantia do direito à saúde às políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e a preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente do acesso maior ou menor ao Judiciário. Por isso, presume-se que o Legislativo e o Executivo, na elaboração das leis e das políticas públicas, já avaliaram as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis.

Isso decorre do argumento democrático: como os recursos necessários ao custeio da saúde são obtidos por meio da cobrança de tributos, pagos pelo povo, é este quem deve, preferencialmente, decidir, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos serão gastos e quais serão as prioridades atendidas em cada momento (BARROSO, 2013).

Ademais, a CF/88 também não se limitou a declarar o direito à saúde, atribuindo recursos mínimos para seu custeio (art.198, §2º, CF/88).

Destarte, a União deverá aplicar, anualmente, pelo menos 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde. Já os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, o produto da arrecadação dos

referenciados pelos municípios componentes do Módulo. Já as Microrregiões ou Regiões de Saúde devem possuir uma complexidade superior a dos Módulos e contar com a definição de Municípios Pólos, os quais receberão usuários referenciados por todos os municípios integrantes da respectiva Microrregião ou Região para os serviços de maior complexidade” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2002, p. 26) Mais informações em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_instrumento.pdf

impostos previstos nos art. 155, 157 e 159, I, a, II, CF/88,⁷⁶ deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. E, por fim, os Municípios e do Distrito Federal (novamente), deverão aplicar o produto da arrecadação dos impostos previstos nos art. 156, art. 158 e 159, I, b, §3º, CF/88⁷⁷. De se salientar que, assim como ocorre com o direito à educação, em caso de inobservância destes percentuais, é cabível a intervenção federal ou estadual.

2.5 Direito à saúde no México:

O direito à saúde no México está previsto no art. 4º da Constituição⁷⁸, o qual dispõe que *toda pessoa tem direito a proteção à saúde e a lei definirá as bases e modalidades do acesso aos serviços de saúde, estabelecendo a concorrência da federação e dos entes federativos em matéria de saúde geral.*

Assim como no Brasil, o direito à saúde, no México, também compõe a denominada *seguridade social*. Segundo Moreno (2013), no entanto, a seguridade social do país atravessa

⁷⁶ O art. 155, CF/88, se refere ao imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD); imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA). Já o art. 157, CF/88, dispõem que pertencem aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; e do percentual de 20% produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I, CF/88. Ademais, o art. 159, I, a, e II, da CF/88, afirma que a União entregará de 49% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 21, 05% ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (I, a) e 10% do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados (IPI) aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações desses produtos (II) (BRASIL, 1988).

⁷⁷ Em suma, o art. 156, CF/88, trata dos impostos municipais, quais sejam, imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU); imposto de transmissão "inter vivos" de bens imóveis (ITBI) e imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS). Ademais, segundo o art. 158, CF/88, pertencem aos Municípios o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; bem como 50% do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; 50% do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios e 25% do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Por derradeiro, o art. 159, I, b, CF/88, aduz, respectivamente, que a União entregará, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios. Ademais, seu § 3º dispõe que os Estados entregarão aos respectivos Municípios 25% dos recursos que receberem nos termos do inciso II (trata-se do IPI), observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II, CF/88.

^{78c} *Artículo 4o.(...) Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.* (CONSTITUIÇÃO MÉXICO, 2015).

uma crise que coloca em risco a sua viabilidade futura como serviço público, ainda que se trate de um direito humano e social exigível ao Estado.

Outrossim, o autor esclarece que a seguridade social não se resume no direito à saúde e pensões; ela abarca também direitos mais amplos, tais como as prestações econômicas, que visam assegurar condições elementares de subsistência (assistência social)⁷⁹. Em síntese, aduz que: “A seguridade social implica acesso a tratamentos médicos, a garantia de perceber aposentadoria, seguro desemprego, auxílio-doença, pensão por invalidez, por acidente de trabalho, doenças decorrentes do trabalho, benefício maternidade e pensão por morte”, (MORENO, 2013, p.44).

Nesse sentido, o Estado deveria optar a oferecer os principais serviços, considerando que atingir a universalização da seguridade social - ou seja, uma seguridade disponibilizada para todos e por todos custeada, em um sistema sustentável, que garanta níveis básicos de proteção nesta seara - é um dos maiores desafios globais⁸⁰(MORENO, 2013).

Ademais, Moreno (2013) afirma ser a saúde o serviço da seguridade social mais reconhecido pelos cidadãos no México, tanto que os grandes médicos do país integram o ISSSTE (Instituto de Serviços e Seguridade Social dos Trabalhadores do Estado), organização do governo federal mexicano que administra parte do sistema de saúde e seguridade social do país, proporcionando assistência em caso de aposentadoria, acidente de trabalho ou pensão por morte para os trabalhadores federais. O ISSSTE foi fundado em 1959, pelo então Presidente, Adolfo López Mateos.

Há no México, ainda, o IMSS (Instituto Mexicano de Seguridade Social), que cobre trabalhadores do setor privado. O ISSSTE junto com o IMSS asseguram cobertura médica para cerca de 55% a 60% da população mexicana. Ademais, alguns Estados membros mexicanos possuem seu próprio - e separado - sistema de saúde e de aposentadoria.

⁷⁹ Salienta a existência do programa “Piso básico de proteção social”, lançado pela ONU em 2009, em conjunto com a OIT e OMS, apoiado também por inúmeros organismos internacionais. Trata-se de programa de seguridade e assistência social que busca a extensão e cobertura desses serviços pelo setor público/Estado, visando à promoção de um mínimo em matéria de saúde e pensão universais. O surgimento do “Piso Básico de Proteção Social” das Nações Unidas parte da ideia de justiça social, mediante a proteção elementar do direito à saúde e pensões mínimas, a serem garantidas pelo Estado. Trata-se de uma proteção dirigida, de início, aos pobres, excluídos sociais, grupos vulneráveis (crianças, idosos, enfermos, indígenas entre outros) e, em um segundo momento, seria dirigida a todos os habitantes do país (trabalhadores ou não, contribuintes ou não). Nesse sentido, a iniciativa do Piso Básico de Proteção Social (PBPS) significa um nível básico de proteção social que, no entendimento do autor, deve correr em paralelo à seguridade social clássica (MORENO, 2013).

⁸⁰ De acordo com a Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS –, a verba pública destinada aos programas sociais é consumida, prioritariamente, com previdência e ações de assistência social, seguido por educação, saúde e habitação. Nesses casos, mesmo a realocação de recursos poderia não ser eficaz, tendo em vista que, no Brasil e no México, são inúmeras as pessoas que dependem de benefícios previdenciários e assistências (MIRANDA, 2013).

Outrossim, Trejo (2013), jurista mexicano, realiza uma análise do direito à saúde à luz dos direitos humanos⁸¹. Ele trata do direito ao *mais alto nível possível de saúde*, considerando que este não significa, apenas, o direito a ser saudável, mas compreende, também, o direito a controlar seu corpo (o que inclui a liberdade sexual e questões relativas à bioética) e o direito a não sofrer ingerências estatais indevidas (tais como tratamentos e experimentos médicos não consensuais).

O relator especial da ONU responsável pela determinação do que integraria o mais alto nível de saúde, Sr. Paul Hunt (13 de fevereiro de 2003), assevera que esse direito subjetivo implica prestações mais concretas, relativas à saúde materna, infantil e reprodutiva, segurança no trabalho, direito ao meio ambiente, prevenção e tratamento a enfermidades, incluindo o acesso a medicamentos básicos e à água limpa e potável (TREJO, 2013). Porém, verifica-se que o problema de se elaborar uma lista tão longa de direitos, ainda que intrinsecamente relacionados ao direito à saúde, é que, com isso, mais se retira do que se confere força a ele. Afinal, todos os direitos fundamentais guardam implicação entre si e o objetivo é, justamente, definir cada um.

Para Trejo (2013), as obrigações decorrentes do direito à saúde seriam a garantia de que ele seja exercido sem discriminação, bem como a adoção de medidas para a plena realização do art. 12 do PIDESC (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual o México é signatário) e que gera direitos aos jurisdicionais e deveres aos Estados, no sentido de respeitar, proteger e cumprir o direito à saúde.

Porém, relativamente a essas obrigações, o PIDESC dispõe que os Estados devem garantir esses direitos *progressivamente*. Isso significa reconhecer a sua limitação de recursos e a necessidade de se garantir certo tempo para sua plena efetividade a todas as pessoas (TREJO, 2013). Da análise do referido Pacto infere-se a grande necessidade de se delimitar o núcleo essencial do direito à saúde, a fim evitar violações, sob o argumento de sua “progressiva aplicação”.

⁸¹ O direito à saúde também encontra-se disciplinado e protegido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), bem como pela Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos das Crianças, Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Relativamente à jurisprudência, Trejo (2013) cita a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, em suas decisões, tem relacionado o direito à saúde ao direito à vida e à integridade física, contidos nos art. 4º e 5º do Pacto de São José da Costa Rica. O caso emblemático se chama *Ximenes Lopes VS. Brasil*. Trata-se de condenação do Estado brasileiro, pela Corte Interamericana de Direito Humanos, em função da morte do Sr. Damião Ximenes Lopes, que estava internado em uma clínica psiquiátrica, vinculada ao sistema público de saúde, no município de Sobral, no Estado do Ceará, em 1999, vindo a falecer, vítima de maus-tratos e tortura.

Segundo Moreno (2013), o México é pioneiro no tema da extensão de cobertura em matéria de saúde, tanto que o “Seguro Popular de Saúde” mexicano foi considerado pela ONU, OMS e OIT um exemplo a ser seguido pelos que tentam estender a cobertura dos serviços médicos à universalização total.

Ademais, Moreno (2013) defende que, apesar da crise, a seguridade social pode ser viável, sempre sob a condição da razoabilidade das prestações outorgadas à sociedade. É possível estruturar um serviço público sustentável de seguridade social, se se enfrentarmos desafios sistêmicos dos seguros sociais.

2.6 Conceito e conteúdo de mínimo existencial no Brasil e no México:

Mínimo existencial é o conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana. Ele é composto pelo núcleo essencial dos direitos à educação e à saúde, em ambos os países investigados, levando em conta que seu conteúdo deve ser adaptado à realidade socioeconômica de cada lugar.

O conceito proposto por Alexy (2008) considera que o direito ao mínimo existencial abriga direitos definitivos *a priori* e, dessa maneira, não é possível sua restrição.

Todavia, diferentemente de Alexy, entende-se que *não há direitos definitivos a priori* (TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, Juiz de Fora, 10 dez. 2015). Na verdade, ainda que o conteúdo do mínimo existencial mude lentamente, guardando maior delimitação prévia, por ter sido definido em consonância com as condições econômicas e sociais de cada país, em cada momento histórico, ele não é definitivo. Isso ocorre especialmente por dois motivos: (i) se ele se modifica no tempo e no espaço, se adaptando àquelas condições, por definição, ele não é definitivo (pois o que é definitivo não se altera) e (ii) por ser um direitos fundamental - e todo direito fundamental é *prima facie*, haja visa ser declarado em princípio jurídico. A diferença, então, entre o mínimo existencial para os demais direitos fundamentais sociais é que o primeiro, em uma ponderação, possui peso *abstrato* mais elevado.

Ademais, há quem entenda ser o mínimo existencial um direito universal e, nesse sentido, sustenta Torres (2009, p.36): “É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo [núcleo] essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza”. Porém, de acordo com o contexto dos países supracitados, entende-se que *o direito ao mínimo existencial deve ser garantido apenas àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com determinadas prestações*

materiais sem prejuízo próprio ou de sua família, ou seja, ele deve ser assegurado às pessoas carentes economicamente, aos hipossuficientes, para a garantia de sua exigibilidade.

Feitas tais considerações, passa-se para a análise do *núcleo essencial do direito à educação do Brasil*.

Conforme já mencionado, o art. 205 da CF/88 assegura o direito à educação em linhas gerais. Destarte, da análise do referido dispositivo, depreende-se que sua redação abstrata e genérica dificulta a identificação de algum direito subjetivo assegurado diretamente pela Constituição Federal.

Porém, a impossibilidade do reconhecimento de direitos subjetivos diretamente da Constituição não deve ser levantada antecipadamente. Na verdade, essa impossibilidade deve ser provada, tendo em vista um ordenamento jurídico-constitucional concreto, atentando-se para a regulamentação constitucional de cada direito fundamental social.

Nesse sentido, o art. 208, da CF/88 prevê ser a *educação básica* obrigatória e gratuita dos 04 aos 17 anos de idade *um direito subjetivo público*, cujo não oferecimento ou oferta irregular, importa a responsabilidade da autoridade competente.

Como se sabe, educação básica se divide em educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, pelo que se faz necessário, nesse momento, delimitar seu núcleo essencial, o qual será o conteúdo do mínimo existencial.

Relativamente à *educação infantil*, é dever do Estado ofertar creches e pré-escolas aos educandos até os cinco anos de idade. Infere-se ser este um dispositivo que integra o *núcleo essencial do direito à educação* e, desta maneira, não é uma faculdade do Poder Público (neste caso, do Município) fornecer creches e pré-escolas às crianças, mas um *verdadeiro dever jurídico*, tanto que, em caso de ausência de vagas na rede pública, deve-se matricular a criança em unidade privada de ensino.

De se esclarecer que, muito embora as creches não integrem o denominado *ensino obrigatório* (haja vista que a previsão constitucional é de obrigatoriedade e gratuidade da educação básica dos 04 aos 17 anos de idade, e as creches devem ser oferecidas para crianças de até 04 anos), elas também estão contidas no núcleo essencial do direito à educação, o que pode ser justificado pelo argumento *a fortiori* (TOLEDO, Cláudia. Reunião de orientação, Juiz de Fora, 10 dez. 2015).

Todavia, caso se considerasse que apenas a educação infantil (composta por creches e pré-escolas) estaria contida no núcleo essencial do direito à educação, enquanto as demais fases dependessem de políticas públicas, disposição orçamentária e exercício da cidadania, seu núcleo essencial não estaria protegido em sua totalidade.

Segundo Sifuentes (2009) pode-se considerar que o ensino fundamental é aquele que o Estado brasileiro compreende como imprescindível à pessoa para alcançar a plenitude das suas aptidões, e que se incorpora ao seu patrimônio pessoal.

Ademais, para Canotilho *et al* (2013), o ensino fundamental transcende a dimensão individual do direito à educação, para atingir uma dimensão social, comunitária, por ser também do interesse da comunidade que seus cidadãos tenham frequentado pelo menos o ensino fundamental, tanto que o art. 208, em seu §3º, CF/88, positivou o dever do Estado de recensear os educandos que se encontrarem nessa etapa, bem como fazer-lhes chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência escolar (BRASIL, 1988).

Da interpretação sistemática dos dispositivos citados, é forçoso concluir que o *ensino fundamental também compõe o núcleo essencial do direito à educação* e, portanto, será insuscetível de qualquer restrição, ou seja, não é juridicamente possível alegar qualquer princípio ou interesse apto a afastar a aplicabilidade imediata e integral desse direito subjetivo.

Questão problemática diz respeito a reconhecer (ou não) o ensino médio como componente do núcleo essencial do direito ora analisado.

Caso se adote a teoria absoluta do núcleo essencial, a positivação do direito à educação (art.208, I e §§ 1º, 2º, CF/88) levaria a conclusão de que também o ensino médio integra seu núcleo essencial.

No entanto, a *progressiva* universalização do ensino médio, para os alunos em idade regular e para aqueles que não concluíram na idade recomendada, está prevista no Plano Nacional de Educação, em sua meta nº 3, que dispõe: “Universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 a 17 anos e elevar, até 2020, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85%, nesta faixa etária.” (BRASIL, 2010). Ademais, a EC nº59/2009 prevê que a educação básica obrigatória seja implementada até o ano de 2016.

Da leitura destes dispositivos surge o seguinte questionamento: como é possível que algo obrigatório seja progressivamente implementado? Em uma interpretação literal, verifica-se a existência de uma contradição. Com o fito de saná-la, procedeu-se, então, a uma *interpretação histórica*, para análise dos motivos e da finalidade da lei, expostas pelo próprio legislador, no momento de sua criação. Assim, voltamos às deliberações parlamentares, relativas à referida Emenda, e, nesse sentido, convém transcrever trecho do documento:

O desafio é enorme, para atingir, por exemplo, as metas do PNE até 2011, caberia (...) *proporcionar vagas correspondentes a 100% da demanda do*

ensino médio. Felizmente, para além desta meta, em entendimento com a Mesa desta Comissão, o Ministério da Educação em conjunto com o parlamento propõe a aprovação, por meio desta Emenda Constitucional, da ampliação da obrigatoriedade do ensino para a faixa de quatro a dezessete anos. A proposta recupera o espírito do texto constitucional, que mencionava a progressiva extensão da obrigatoriedade do ensino médio – redação alterada pela Emenda n.º 14/96. Alinha-se aos avanços jurídico-institucionais do Brasil, que ampliou o ensino fundamental para nove anos (Lei n.º. 11.274/06) e de parceiros do Mercosul, que estenderam a obrigatoriedade em suas leis educacionais recentemente aprovadas (Lei 26.206, de 2006, na Argentina e Lei 18.437, de 2008, no Uruguai). Ressalte-se que, segundo dados da PNAD-2007, 30% das crianças de 4 a 5 anos e 18% dos jovens de 15 a 17 anos estão fora, respectivamente, da pré-escola e das escolas de ensino médio. Desta forma, a ampliação visa associar o financiamento à garantia do direito, que constitui o fundamento da obrigação do Estado de financiar a educação, como reconhecido pelo PNE. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009)

Dessa leitura depreende-se que o legislador almeja a *progressiva, gradual, universalização* do ensino médio.

Diante disso e considerando que o Brasil não consegue oferecer, nesse momento, educação infantil e ensino fundamental para todos, conclui-se que inserir o ensino médio no conteúdo do núcleo essencial do direito à educação seria algo imprudente, já que inexecutável. *Razão disso, compõem o núcleo essencial do direito à educação no Brasil tão somente a educação infantil (creches e pré-escolas) e o ensino fundamental.*

Integra o núcleo essencial o que for substancialmente indispensável à garantia de uma eficácia mínima ao direito à educação. De outro norte, para além desses limites, sua justiciabilidade dependerá da discricionariedade das políticas públicas, por exemplo, no caso dos programas suplementares de educação, tais como os que preveem o fornecimento de alimentação e transporte aos alunos, que, apesar de indissociáveis do referido direito subjetivo, não integram seu núcleo essencial e podem ser ponderados no caso concreto.

No que tange ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, ele se refere às peculiaridades dos alunos com necessidades especiais. Há direito subjetivo, contudo, sua arguição judicial deve observar as disponibilidades orçamentárias e financeiras do Estado. Igualmente, quanto ao Ensino Superior, seu acesso depende das capacidades individuais, observando a meritocracia.

Quanto ao *núcleo essencial do direito à educação no México*, seu reconhecimento encontra total amparo na doutrina. Assim, para Huerto (2013, p.516): “Os Estados têm o dever de garantir acessibilidade à educação básica gratuita, bem como o seu financiamento (*sostenibilidad*).”

Barba (2014), jurista mexicano, afirma que o processo educativo deve ser garantido, de modo a contribuir para uma melhor convivência humana, promovendo o apreço e o respeito pelo ser humano (em consonância ao art. 3º, II, c, da Constituição mexicana).

Ademais, García; Guerrero (2009) partem da perspectiva de que, em função da crise econômica mundial e atual, *é necessário resguardar a essência dos direitos fundamentais sociais dos mais vulneráveis economicamente*, o que também pode ser traduzido e entendido como a necessidade de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Diferentemente do Brasil, entretanto, a Constituição mexicana não prevê vinculação e/ou aplicação mínima de receitas em educação, existe apenas menção, na Lei Geral de Educação, que a União e os Estados-Membros deverão contribuir para sua promoção, concorrendo para o seu financiamento (CORTES, 2014).

A previsão constitucional afirma que o Estado deverá garantir as etapas de educação pré-escolar, primária, secundária e média superior (lembrando que as três primeiras formam a educação básica e que a última, que corresponde ao nosso ensino médio, se tornou obrigatória desde 2012), prescrevendo, ainda, que *o Estado está obrigado a garantir a educação básica gratuita a todos os mexicanos*.

Em suma, fazendo um paralelo com o núcleo essencial do direito a educação no Brasil, também no México, *este é composto pela educação básica, que corresponde ao nosso ensino infantil e fundamental, restando excluída, igualmente, o ensino médio superior, pelas mesmas razões já apontadas relativamente ao ensino médio brasileiro*.

Assim, em ambos os países, eventuais restrições relacionadas à reserva do possível não poderão prevalecer quando confrontadas com o núcleo essencial do direito à educação. Desta feita, estas pretensões serão exigíveis judicialmente, visando às providências cabíveis para garantir, no caso concreto, a prevalência do direito social à educação e a dignidade da pessoa, inclusive o (re) direcionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos.

Passando agora para o exame do *núcleo essencial do direito à saúde no Brasil*, não é possível, de forma apriorística, tampouco taxativa, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de direitos subjetivos, o que não impede de elencar todo o conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma diretriz a guiar o intérprete e os órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial (SARLET, 2007).

Nesse sentido, destaca-se que, quanto ao direito à saúde, adota-se, no Brasil, a teoria relativa⁸² do núcleo essencial, já que o núcleo essencial é identificado a partir da ponderação dos princípios e interesses em colisão em um dado caso concreto, sendo possível, em determinados casos, que um direito fundamental seja integralmente sacrificado em razão do peso do princípio com ele colidente (ALEXY, 2008).

Destarte, o direito à saúde consiste em um direito *prima facie*, cujos direitos definitivos somente poderão ser afirmados perante caso concreto e após o exame das condições fáticas e jurídicas (DUARTE, 2013).

Para a delimitação de seu núcleo essencial, a doutrina pátria aceita a existência de dois critérios: essencialidade da demanda e urgência. O primeiro apresenta dificuldade de contorno, uma vez que, diante da relevância da saúde humana, é difícil definir o que não seria essencial. Já o segundo falha ao conceber apenas como direito definitivo a prestação estatal que socorre o direito à vida quando este se encontra na iminência de perecer (DUARTE, 2013)

Acompanhando Duarte (2013), o núcleo essencial do direito à saúde será composto das denominadas *demandas de saúde de primeira necessidade*. Já as demais prestações estatais relacionadas à saúde, mas não conectadas à manutenção da vida humana, são qualificadas como *demandas de saúde de segunda necessidade*, que, concorrem com os demais direitos fundamentais na disputa pelos recursos públicos (financeiros, humanos e de outras naturezas) necessários para a sua eficácia, uma vez que são excluídas do núcleo essencial do direito à saúde (DUARTE, 2013).

Importante, então, delinear o que seriam as demandas de saúde de primeira necessidade. Segundo Duarte (2013), restarão abrangidas, em seu conceito, todas as prestações estatais, urgentes ou não, divisíveis ou indivisíveis, módicas ou vultosamente onerosas, preventivas ou terapêuticas, necessárias para a sobrevivência. Essas prestações serão marcadas por sua elevada essencialidade. Alguns exemplos são a distribuição de medicamentos contra a hipertensão, cuja ausência pode resultar em um acidente vascular-cerebral fatal; 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, entre outros.

⁸² Para Duarte (2013), quanto ao direito à saúde, a relatividade do núcleo essencial seria a única concepção factível, pois diante dos custos dos direitos em épocas de crise maiores são as dificuldades do Estado em provê-los. Todavia, a proposta da autora é oferecer critérios para sua demarcação, pois será possível, diante deles, a conclusão pela existência ou não de um direito subjetivo a ser demandado do Estado, perante a Administração Pública ou em juízo.

Ressalta-se que, excepcionalmente, as *demandas de saúde de segunda necessidade*, quando essenciais à sobrevivência do indivíduo, também podem integrar esse núcleo essencial (DUARTE, 2013).

Quanto ao *núcleo essencial do direito à saúde no México*, este não se limita a ações individuais, mas também às coletivas, segundo Perlingeiro (2014), jurista mexicano.

Segundo a Constituição mexicana (1917), a saúde é um direito fundamental, positivado tardiamente. Sua ideia original era ter a proteção à saúde associada com as prestações de seguridade social da classe trabalhadora e seus familiares, e não como direito a todos os mexicanos. Apenas em 1983, passou-se a entender o direito à saúde como direito de todos, no México.

Diferentemente do direito à educação, que tem um artigo dedicado exclusivamente a ele, a saúde se encontra dentro do art. 4º, em seu parágrafo 3º, o qual transcrevo:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. (MÉXICO, 1917)

Para Carpizo (2012) mesmo em momentos de crise econômica⁸³, os direitos fundamentais sociais devem ser garantidos pelo Estado, pelo menos no que se refere ao seu núcleo essencial. Destarte, medidas restritivas de direitos devem ser unicamente aquelas indispensáveis para superar a crise econômica e por tempo determinado. Não é possível, contudo, danificar o direito em sua essência.

Outrossim, tais medidas devem afetar da menor maneira possível as classes mais baixas e que necessitam de maior proteção estatal e, desta maneira, os programas sociais devem ser os menos afetados: “Deve-se privilegiar aqueles que beneficiam a alimentação, *saúde*, *educação*, moradia, devido à existência de um *mínimo vital*, que não deve ser diminuído, pois isso afetaria a própria dignidade humana” (CARPIZO, 2012, p.75).

Essas ideias se relacionam ao já mencionado princípio da vedação do retrocesso social, amplamente reconhecido no ordenamento jurídico mexicano. Porém, este proíbe o retrocesso enquanto as condições fáticas se mantiverem as mesmas; a partir do momento em

⁸³ Moreno (2013), relativamente à crise econômica mundial de 2008 e ao contexto mexicano, levanta os seguintes questionamentos: por que, ao invés de cortar gastos de armamento bélico ou reduzir os gastos com burocracia, sempre se cortam, primeiro, os serviços de saúde e pensão? (isso pode ser estendido para os direitos fundamentais sociais como um todo). Ademais, por que não se reduzem os volumosos gastos correntes do Estado, ao invés de afetar as prestações sociais da população? Por acaso não se deveria primar, sempre, em qualquer sistema, pela seguridade social – fator humano – em face do fator econômico? Destarte, Moreno (2013) entende que o Estado deve dar prioridade ao ser humano, e não ao fator político e econômico de sua proteção.

que há alteração dessas condições (como ocorre nas crises econômicas) é possível até mesmo mudança no conteúdo do mínimo existencial, pois, como já explanado, seu conteúdo pode sofrer variações.

Outrossim, a delimitação do núcleo essencial do direito à saúde somente será possível no caso concreto, sob o viés da essencialidade à dignidade humana e diante das possibilidades fáticas do Poder Público de provê-las aos hipossuficientes.

Deste modo, o núcleo essencial do direito à saúde no México 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 do direito à vida. Consistem nas demandas de saúde de primeira necessidade, o que abarca todas as prestações que se podem esperar do Estado e que sejam imprescindíveis para a manutenção da vida. Portanto, quando cotejados com a vida humana, os recursos financeiros não podem merecer maior peso (DUARTE, 2013). Portanto, o núcleo essencial do direito à saúde no México é idêntico ao Brasil.

Para o jurista mexicano, Carpizo (2012, p.89): “O mínimo vital supõe a implantação de medidas positivas ou negativas dirigidas para evitar que a pessoa tenha sua dignidade afetada, por carecer de condições materiais que permitam uma existência adequada”.

3. O ASPECTO DA EFETIVIDADE: A JUDICIALIZAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NOS CONTEXTOS BRASILEIRO E MEXICANO

Conforme exposto no capítulo inicial, a subjetivação de um direito traz a sua justiciabilidade e, desta maneira, os direitos fundamentais sociais são posições tão importantes que a sua (não) concessão não pode ser deixada a cargo da maioria parlamentar ordinária. Todavia, várias são as objeções quanto a sua judicialização.

A Democracia das sociedades associa-se à representatividade política como forma de escolha de governantes eleitos periodicamente. Assim, dois são os poderes diretamente legitimados pelo voto popular: o Legislativo e o Executivo. O Judiciário é apenas legitimado pelo Poder Constituinte, tendo em vista que seus agentes não são escolhidos pela população. Aqui, então, reside o primeiro argumento contrário à judicialização das políticas públicas, qual seja, o déficit democrático do Poder Judiciário, se comparado aos demais poderes⁸⁴ (SARMENTO, 2010).

Para fins desse estudo, *políticas públicas* são ações estratégicas promovidas pelo Poder Público, visando atingir fins e princípios previamente determinados, através de medidas organizacionais e de planejamento (LEAL, 2006). Destarte, a efetivação dos direitos fundamentais sociais se dá, sobretudo, através das políticas públicas, cuja elaboração e execução dependem de conhecimento técnico e econômico específicos.

De fato, são os poderes Executivo e Legislativo que apresentam os instrumentos para satisfação desse fim, contudo, disso não se conclui que tais políticas estariam imunes ao controle judicial (SARMENTO, 2010).

Há de se considerar que o Poder Judiciário atua em nome do povo, possuindo legitimidade indireta, argumentativa, confiada pela própria Constituição Federal e, em razão do §1º do art.5º, CF (aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais). Esta judicialização é devida, observados certos critérios (ALMEIDA, 2013). Resta saber, então, *quando estaremos diante de uma situação que autorize esse controle jurisdicional?*

⁸⁴ Sarmento (2010) refuta a contrariedade à tutela judicial dos direitos fundamentais sociais com base em três argumentos. O primeiro, sobre o déficit democrático, sustenta que, no atual paradigma político, este não se restringe ao Poder Judiciário, incidindo também nas instituições representativas tradicionais – Executivo e Legislativo. O segundo se baseia na própria semântica da palavra “democracia” desvelando, assim, um sentido para além do sufrágio universal e da alternância de poder com acréscimo de condições reais de participação. O terceiro argumento remete ao que se chama de força normativa das normas constitucionais como instrumento de controle do poder estatal e efetivação do texto constitucional, em especial dos direitos fundamentais. O argumento mais relevante é da legitimidade *mediata* ou *institucional* do Judiciário. Isto é, ele é legítimo sim, mas sua legitimidade decorre da *racionalidade da argumentação* que ocorre dentro dele.

No Brasil, o parâmetro sustentado pelo ministro do STF, Celso de Mello, na ADPF nº 45 (que será examinada em momento oportuno) é o de que caberá atuação do Judiciário quando o poder Legislativo ou o Executivo agir de maneira desproporcional ou proceder com a intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos ou culturais (LEAL, 2006).

Ademais, segundo Barroso (2013), *o Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa.*

De se destacar que, de uma maneira geral, para a satisfação dos direitos fundamentais sociais, o Estado deve garanti-los de acordo com suas condições financeiras, não cabendo a ele oferecer aos indivíduos um nível de qualidade de vida que não pode custear (DUARTE, 2013).

A CF/88 prevê um único orçamento, mas o divide em três planejamentos, quais sejam: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual (e em observância à simetria, da mesma forma, devem dispor as Constituições Estaduais).

O objetivo do Plano Plurianual (PPA) é estabelecer diretrizes e metas da administração pública para as despesas de capital (e outras delas decorrentes) e para aquelas concernentes aos programas de duração continuada, nos termos do art. 165, §1º, CF/88. É um planejamento conjuntural e tem o objetivo de desenvolver a economia e equilibrar as desigualdades existentes nas regiões brasileiras (ALMEIDA, 2013).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) contém as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital do exercício financeiro subsequente. Além disso, ela orienta a elaboração a Lei Orçamentária Anual, dispondo sobre alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências de fomento (BRASIL, 1988).

Por fim, a Lei Orçamentária Anual (LOA) compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas públicas e sociedade de economia mista nas quais a União possua maior parte do capital social e o orçamento da seguridade social (BRASIL, 1988).

Destarte, as despesas do poder público devem estar em harmonia com o PPA, LDO e LOA, já que: “As normas orçamentárias são uma garantia para o cidadão e um limitador do Estado, que na figura do Chefe do Executivo encontra limites, tendo que cumprir o contemplado princípio da legalidade estrita.” (SOUZA, 2015, p.212). Porém, o administrador também deve se precaver e acrescentar ao orçamento um *anexo de risco*, cuja finalidade será

o cumprimento da obrigação que lhe for eventualmente imposta, relativamente às prestações materiais analisadas.

De se atentar que, nessas demandas, o Estado pode ser condenado a realizar algum gasto ou investimento público futuro, que devem ser incluídos no referido anexo de risco. O problema é que, após a decisão judicial, não é possível garantir a inclusão, pelo Executivo, da previsão dessa despesa no orçamento do ano seguinte (MIRANDA, 2013).

Ademais, as *sentenças aditivas* determinam o desembolso imediato de um valor em favor de alguém ou a realização imediata de determinada obra, compra ou serviço. Porém, “Se, para o pagamento imediato de pequenos valores (abaixo de 60 salários mínimos), a União conta com um sistema de pagamento através da criação de um fundo financeiro na LOA, a dificuldade está nas condenações que excedem esse valor.” (MIRANDA, 2013, p.113).

Quanto à judicialização dos direitos fundamentais sociais no México, há pouquíssimas demandas judiciais relativas a esses direitos: “Como ministro da Suprema Corte, tenho visto poucas demandas com autênticos direitos sociais. Se se expõem temas relativos, por exemplo, ao direito à saúde, o fazem a partir do ponto de vista da igualdade.” (DÍAZ, 2013, p.130-131). Segundo o autor, isso acontece porque aquele país possui uma cultura jurídica muito particular, sobretudo por continuar tratando todos os direitos fundamentais basicamente sob a dimensão da liberdade, nos moldes de como eles foram concebidos pelo constitucionalismo inglês, norte-americano e francês.

Ademais, para o autor, no México, ainda há resistência da jurisprudencial em entender os direitos fundamentais sociais como normas exigíveis no caso concreto, ou seja, como direitos subjetivos (DÍAZ, 2013). Já no Brasil, como se sabe, esse quadro é diferente, haja vista as inúmeras ações judiciais, cujos objetos são prestações materiais.

3.1. Brasil e o Projeto de Lei nº 8058/14 da Câmara dos Deputados:

O Projeto de Lei (PL) nº 8058/14, apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, do Partido dos Trabalhadores (PT), em 04 de novembro de 2014, foi resultado do trabalho conjunto de acadêmicos e professores pesquisadores, culminando na proposta de criação de um *processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário*, através de um novo rito processual, específico, com cognição e contraditório ampliados, marcados por uma maior dialogicidade e colaboração do Poder Público e da

sociedade civil, a fim de auxiliar o juiz e as partes a dirimirem os denominados *conflitos de ordem pública*.

Os conflitos de ordem pública tratam, basicamente, das demandas em que se pleiteam direitos fundamentais sociais perante o Judiciário brasileiro. Nesse sentido, já na justificção⁸⁵ do PL, seus autores afirmaram que o objetivo é buscar *critérios seguros para o juiz e para as partes nas demandas que versem sobre judicialização das políticas públicas*.

Ademais, o PL apresenta em seu art. 2º um rol de princípios norteadores do controle judicial de políticas públicas, a citar, *proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário*, conforme consta. Dessa previsão, verifica-se a adoção, pelo legislador pátrio, de vários dos conceitos já tratados no presente trabalho, tais como a proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial, demonstrando a incorporação, na vida prática, da amplamente conhecida teoria de Alexy sobre esses assuntos.

Relativamente ao procedimento judicial, aduz que, estando em ordem a petição inicial, o juiz deverá recebê-la e, em seguida, notificar o membro do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública para prestar informações no prazo de sessenta dias (prorrogável por igual período)⁸⁶. Ademais, em caso de descumprimento, caberá aplicação de sanção face à autoridade competente e/ou do ente federativo, tais como multa diária, responsabilização por ato de improbidade administrativa, crime de desobediência, ou até mesmo intervenção federal, ou municipal (art. 21º, PL)⁸⁷.

⁸⁵ “Resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em Coordenação de Comissões Permanentes - seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010. O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”.

⁸⁶ Estas informações deverão contemplar, conforme o art. 6º: I – o planejamento e a execução existentes; II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção; IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

⁸⁷ De acordo com o art. 21, do PL nº 8.058/14: “Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Caso o pedido envolva o *mínimo existencial*, o juiz poderá antecipar a tutela e, nessa hipótese, a autoridade competente ficará dispensada de prestar informações (art. 7º, caput, PL). Tal dispositivo demonstra a importância e a urgência de se garantir o direito ao mínimo existencial, tanto que poderá ser assegurado em sede de tutela antecipada, em um juízo de cognição sumária.

O PL apresenta uma definição de mínimo existencial, no parágrafo único do art. 7º: “*Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado destinado a assegurar a dignidade humana.*” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014) (grifos nossos).

O conceito adotado no projeto também identifica o direito ao mínimo existencial com o núcleo essencial do direito fundamental invocado no caso concreto. De se destacar, no entanto, que há diferença entre a proposta apresentada nesse trabalho e o referido PL, que deixa em aberto qual será esse *específico direito fundamental invocado destinado a assegurar a dignidade humana*.

Conforme já explanado, apenas os núcleos essenciais dos direitos à saúde e educação integram o conteúdo do mínimo existencial. Todos os demais deverão ser ponderados no caso concreto. A forma colocada no PL deixa o conteúdo do mínimo existencial absolutamente vago, o que, se por um lado é coerente com o caráter abstrato que toda norma jurídica deve ter, por outro, retira a força do mínimo existencial, na medida em que possibilita número muito grande de direitos passíveis de serem arguidos como seus integrantes.

Outrossim, nas ações que objetivem a tutela de direitos cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, *o juiz somente poderá conceder a tutela quando se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do § 1º, do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração* (art. 28, PL). No entanto, não há maiores esclarecimentos, no Projeto de Lei, sobre o que seria esse *bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada*; salientando que essa redação abstrata e imprecisa dificulta a compreensão integral do dispositivo.

O projeto conta, ainda, com a previsão de reunião dos processos (tanto em primeiro, quanto em grau recursal) para o julgamento de lides semelhantes e repetitivas, observando-se os requisitos da multiplicidade de processos (i), que versem sobre pedidos de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político (ii) e que estejam tramitando em diversos juízos (iii). O objetivo do julgamento conjunto das lides é permitir

que o juiz disponha de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível (art. 23 e 25, PL).

Outra medida a ser adotada, de acordo com o PL, é a organização e manutenção, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do *Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas*, com o fito de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e demais interessados tenham amplo acesso às informações relacionadas a essa temática (art. 26, PL).

Atualmente, o referido PL encontra-se na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, tendo ocorrido audiência pública (setembro de 2015) para deliberação de pontos importantes do projeto. No entanto, nesta ocasião, os chefes do Executivo teceram severas críticas a ele, sob o argumento de que isso ampliará ainda mais a ingerência do Judiciário nas políticas públicas, desorganizando todo o orçamento dos entes federativos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

3.2 As Jornadas do Direito à Saúde no Brasil:

Outra iniciativa que se relaciona à judicialização do mínimo existencial diz respeito ao evento intitulado Jornada de Direito à Saúde, promovido pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), no Brasil, desde 2014.

Trata-se de encontro em que, durante dois dias, visou promover o diálogo entre cidadãos, magistrados, representantes do Ministério Público, defensores públicos, advogados, médicos, farmacêuticos, gestores do SUS e membros da academia, que se reúnem para, a partir de discussões e debates, uniformizar os entendimentos e auxiliar as decisões judiciais e administrativas sobre direito à saúde (SCHULZE, 2015).

A I Jornada de Direito à Saúde ocorreu nos dias 14 e 15 de maio de 2014, culminando na aprovação de enunciados (diretrizes, não vinculantes), que servem de orientação para os magistrados, advogados, partes, MP, nas lides que envolvem o direito à saúde. Ao final, elaboraram-se verbetes tanto para a saúde pública (enunciados nº 1 a 19), quanto suplementar (enunciados nº 20 a 45).

Dentre os principais enunciados de saúde pública da I Jornada, destaca-se o nº 3, o qual afirma que eventual autor da ação em que se requer prestação de saúde deve buscar, preliminarmente, atendimento junto ao órgão competente, evitando, assim, judicialização desnecessária. Deste modo, antes de ingressar com uma ação judicial, o paciente deve procurar atendimento, ou providências pelas vias administrativas e, só em caso de negativa ou

embaraço do poder público, deverá exigir seu direito judicialmente, tudo isso a fim de evitar dispêndio desnecessário de tempo e dinheiro público.

Outro importante verbete foi consagrado no enunciado nº 6, dispondo que as decisões judiciais devem evitar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei. Este visa sedimentar o entendimento, já amplamente aplicado pelos Tribunais, no sentido de que os medicamentos pleiteados, em regra, têm de ser registrados pelo órgão competente, ressalvadas as exceções legais, com o fito de se garantir maior segurança aos pacientes.

Nos casos em que o pedido da ação seja medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), são instrumentos através dos quais se expõem as definições clínicas de determinada enfermidade e os recursos técnicos que serão utilizados para o tratamento, recomenda-se que o Judiciário determine a inclusão do autor em serviço ou programa já existente no SUS, para fins de acompanhamento e controle clínico (enunciado nº11).

Ademais, nessas ações, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do SUS, com vistas a identificar solicitação prévia do requerente à Administração, bem como a competência do ente federado, e possíveis alternativas terapêuticas (enunciado nº13).

Já o enunciado nº 19 recomenda que a parte autora apresente questionário, respondido por seu médico, para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente.

Relativamente à II Jornada de Direito à Saúde, esta realizada nos dias 18 e 19 de maio de 2015, destaca-se o enunciado nº 58, que prevê a notificação judicial do médico, em caso de prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que *não constem na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), ou protocolo do SUS*, para prestar esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse.

Quanto ao tema, cumpre destacar que a política nacional de medicamentos foi instituída em 1998. Em 2004 foi criado o Programa de Farmácia Popular e seu planejamento se divide em componente básico (1); estratégico (2); especializado de assistência farmacêutica (3).

O *componente básico da assistência farmacêutica* cuida dos medicamentos para as doenças mais simples e recorrentes no território nacional. Em regra, estes se encontram na lista RENAME, cuja finalidade é: “(...) estabelecer os medicamentos essenciais destinados o atendimentos dos problemas prioritários de saúde da população, através de uma criteriosa seleção que aquilate a segurança, eficácia e o custo-utilidade da medicação (...)” (MIRANDA, 2013, p.100).

Há também o *componente estratégico da assistência farmacêutica*, que cuida dos medicamentos para combater enfermidades que coloquem em risco a saúde pública coletivamente considerada, tais como os de combate à tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de Chagas, anti-retrovirais do programa DST/Aids, entre outros (MIRANDA, 2013).

Já o *componente especializado de assistência farmacêutica* trata dos medicamentos relacionados às doenças raras, cujo custo unitário se apresenta bastante elevado.

Ademais, há uma vasta rede normativa infraconstitucional e infralegal que disciplina o acesso da população aos serviços e insumos disponibilizados pelo SUS, instituída através de procedimentos que possuem fundamentos técnicos, científicos e democráticos. Assim, o direito à saúde passa, necessariamente, pelo conhecimento e respeito de toda a legislação por todos os membros dos poderes públicos. Seu desconhecimento, contudo, pode gerar desperdício de recursos, o que, por si só, ocasiona injustiças (MIRANDA, 2013).

De acordo com Miranda (2013), o Judiciário não pode corriqueira e independentemente da análise do teor das normas que regem o SUS, sob a justificativa de proteger um direito fundamental e a partir de uma visão subjetiva e particular, proferir decisões com base unicamente em princípios, nos casos em que há regras que regem a situação vivenciada, sem a consequente declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade dessas previsões.

Caso contrário, a funcionalidade das regras em nosso ordenamento jurídico passa a ficar sobremaneira comprometida, revelando mero aconselhamento, que pode ser desconsiderado a todo momento. Assim, segundo a Teoria dos Princípios, se houver regra que normatize determinada posição, sua aplicação é necessária e tem prevalência em relação a eventual princípio que também discipline a matéria (ALEXY, 2008).

Barroso (2013) faz um alerta ao problema de se deferirem medicamentos que não se encontram nas supracitadas listas, destacando que estas condensam as diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos para um amplo espectro de doenças, sem abrangerem todas as doenças nem abarcarem toda a espécie de tratamento existente.

O autor destaca, ainda, que a necessária garantia de efetividade do mínimo existencial também passa pela consideração dos princípios da precaução e prevenção, notadamente no que tange à observância de critérios científicos e garantias de segurança e eficácia do tratamento, também em virtude da racionalização e otimização dos recursos públicos (BARROSO, 2013).

A portaria nº. 1554/13 cuida da responsabilidade de cada uma das esferas de governo em relação aos medicamentos.

Por meio da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam, e, nesse contexto, a demanda judicial não precisa adentrar o terreno das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos. Destarte, deverá constar no polo passivo de eventual ação judicial o ente que possui o medicamento em sua respectiva lista, por exemplo (BARCELLOS, 2005).

Ademais, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos que não constam nas listas não impede que estas próprias sejam discutidas judicialmente. Portanto, o Judiciário poderá rever a lista elaborada por certo ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento.

Barroso (2013) sustenta que o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos, devendo, ainda, optar por substâncias disponíveis no Brasil e, de preferência, medicamento genérico, de menor custo.

Ainda, para Barroso (2013), o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável à manutenção da vida (pois, em um ambiente com recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem ser essencial para a sobrevivência).

Por derradeiro, o enunciado 60 da II Jornada de Direito à Saúde prevê que a *responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.*

Cumprido ressaltar que o CNJ vem tentando promover a conciliação nas lides envolvendo o direito à saúde. Assim, processos específicos ou com pedidos idênticos são levados para tentativa de celebração de acordo entre as partes envolvidas. Sobre o tema,

Câmaras de Conciliação⁸⁸ podem ser criadas para atuar na resolução de problemas de saúde pública e também de saúde suplementar, inclusive na perspectiva pré-processual. Na hipótese de insucesso da conciliação, o juiz já está habilitado a proferir decisão liminar ou definitiva na própria audiência (SCHULZE, 2015).

Por derradeiro, outra recomendação do CNJ, aos Tribunais dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, é a criação de varas especializadas para processar e julgar processos cujo objeto seja tema de saúde pública (SCHULZE, 2015).

3.3. Breve análise dos instrumentos processuais para a defesa do mínimo existencial - Brasil e México:

No Brasil e no México, pode-se requerer o mínimo existencial em Juízo mediante a interposição de ações individuais ou coletivas. Desta forma, passa-se a expor, brevemente, os principais instrumentos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais (e especialmente do mínimo existencial), quais sejam, *mandado de segurança* e *ação civil pública* no Brasil e, no México, o *recurso de amparo*.

No Brasil, o primeiro instrumento a ser analisado é o *mandado de segurança*, presente em nosso ordenamento desde a Constituição de 1934 e contemplado por todas as Cartas Políticas posteriores.

A CF/88 prevê, em seu art. 5º, incisos LXIX e LXX, o *mandado de segurança individual e coletivo para proteção de direito líquido e certo*⁸⁹, *não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público* (BRASIL, 1988).

⁸⁸ Essa proposta já começou a ser implementada no estado da Bahia: <http://www.portalsaudenoar.com.br/camara-de-conciliacao-deve-reduzir-judicializacao-da-saude/>

⁸⁹ De se ressaltar que o rol de legitimados para impetrar mandado de segurança em defesa de direitos subjetivos é extenso: pessoas naturais ou jurídicas de direito privado ou público, bem como órgãos públicos despersonalizados que tenham prerrogativas ou direitos próprios de se defender, tais como Chefias do Executivo e de Ministério Público, Presidências das Mesas da Câmara e do Senado Federal e demais órgãos da Administração centralizada ou entes descentralizados contra atos de outros órgãos públicos. Ademais, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano também são legítimos à propositura de mandado de segurança (MENDES, 2012).

O *mandado de segurança individual* é um dos instrumentos processuais mais utilizados, no país, para se requerer prestações de direitos fundamentais sociais para determinada pessoa, em caso de violação de seu direito líquido e certo.

A Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/09) estabelece prazo decadencial de 120 dias, contados da ciência do ato impugnado, para seu exercício (art. 23), em caso de mandado de segurança repressivo (já que o mandado de segurança preventivo não precisa observar esse prazo).

As demandas individuais possibilitam ao julgador uma análise mais criteriosa sobre a necessidade de sua intervenção, no entanto, ao mesmo tempo, isso dificulta o controle, na totalidade de decisões, dos gastos com a judicialização. Por isso é comum a afirmação de que o juiz, preocupado com a solução dos casos concretos (microjustiça), poderia ignorar outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas (macrojustiça). Na esfera coletiva ou abstrata, examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de maneira que a discussão será prévia ao eventual embate entre micro e macrojustiças (BARROSO, 2013).

Nas demandas coletivas que também visem à concretização dos direitos fundamentais sociais, destaca-se a possibilidade de se impetrar *mandado de segurança coletivo*, cujas discussões irão abranger todo o panorama das políticas públicas e seus legitimados ativos possuirão mais condições de trazer tais elementos para discussão.

Quanto aos legitimados, a previsão constitucional é que podem impetrar mandado de segurança coletivo partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX, CF/88). Trata-se, em verdade, de típica substituição processual (MENDES, 2012).

Na esfera coletiva, examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral. A decisão em ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade no atendimento da população. Assim, o Judiciário permite o planejamento da atuação estatal, pois permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente (BARCELLOS, 2005).

O segundo instrumento processual para defesa dos direitos fundamentais sociais em Juízo é a *ação civil pública*, prevista na Lei n. 7.347/85 (LACP), que possui um âmbito de atuação amplo e condicionado à definição do conceito jurídico – indeterminado - “*interesses difusos e coletivos*” (art. 1º, LACP).

Os legitimados ativos para propor a ação civil pública são o Ministério Público; Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, LACP).

A defesa de *interesse público*, nesta ação, permite concluir que os efeitos das decisões se estenderão para além das partes envolvidas (art. 16, LACP). De fato, o legislador optou por estabelecer que a sentença cível nas ações civis públicas fará coisa julgada *erga omnes*, à semelhança das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quando utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade (MENDES, 2012).

Passando para a análise dos instrumentos processuais mexicanos, salienta-se que o reconhecimento da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, no México, não é pacífico. Assim, há quem negue essa possibilidade, sob o argumento da dificuldade de requerê-los perante os Tribunais, em razão de dependerem das capacidades econômicas e financeiras do Estado.

De acordo com Fondevila (2005), em termos infraconstitucionais, apesar da Lei Geral de Educação mexicana⁹⁰ dispor que todo o indivíduo tem esse direito, *não há previsão legal para sua exigibilidade em caso de descumprimento dessa norma*.

Todavia, para Carpizo (2012, p.45): “A tendência moderna é estabelecer diversos mecanismos jurídicos para que os direitos relativos à justiça social sejam exigíveis, ainda que nem todos se revistam de caráter jurisdicional”. Essa tendência tem sido observada pelo papel ativo dos Tribunais, das Cortes Constitucionais e Tribunais Internacionais.

Carpizo (2012) analisa a proteção dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico mexicano, tanto perante os Tribunais, quanto perante os órgãos estatais, sustentando que estes são exigíveis através de mecanismos administrativos, judiciais (havendo até mesmo jurisdições especializadas para a defesa desses direitos, como as Juntas de Conciliação e

⁹⁰ Há ainda a “Lei de Proteção dos Direitos das Meninas, Meninos e Adolescentes”, dispõe sobre a proteção contra ações ou omissões que podem afetar, entre outros, o direito à educação, assim como o dever da Federação, Distrito Federal, Estados e Municípios de fomentar centros educativos para jovens com necessidades especiais. Nos termos do art. 3º da referida lei, a educação deve promover a compreensão, paz e tolerância entre os alunos (HUERTO, 2013).

Arbitragem, relativas a casos que envolvem direitos laborais) e, em nível internacional, por meio das petições aos órgãos competentes.

Ademais, o *recurso de amparo constitucional*, previsto no art. 107, I,⁹¹ da Constituição mexicana, é um instrumento bastante utilizado para garantir os direitos fundamentais em Juízo, face as ações ou omissões dos poderes públicos, servindo, também, para uniformizar as decisões que envolvam tais direitos (TREJO, 2013).

Carpizo (2012) cita que o recurso de amparo constitucional também pode ensejar a propositura de ações coletivas.

O México também começou, ainda que timidamente, a se valer de instrumentos processuais retirados do direito comparado (citando o Brasil como exemplo), para proteger direitos fundamentais, como o controle de constitucionalidade por omissão. Essa omissão pode se referir tanto à ausência de legislação, quanto à tutela insuficiente⁹² (TREJO, 2013).

Há, ainda, mecanismos não jurisdicionais de proteção dos direitos fundamentais sociais. Carpizo (2012) cita, no contexto mexicano, a existência de órgãos de ouvidoria especializados, tais como a Procuradoria Federal de Proteção do Consumidor, Procuradoria do Trabalho, Procuradoria Agrária e Comissão Nacional de Arbitragem Médica. Há também as ouvidorias gerais que integram o sistema de defesa dos direitos humanos, ressaltando o papel da Comissão Nacional de Direitos Humanos (CNDH), criada em 1990. A CNDH está prevista no art. 102 da Constituição mexicana e suas recomendações possuem importante papel na defesa dos direitos humanos no México.

⁹¹ Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: *Párrafo reformado DOF 25-10-1993, 06-06-2011*

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

⁹² Segundo Carpizo (2012), outro instrumento constitucional para a proteção dos direitos fundamentais sociais são as *Ações de Inconstitucionalidade* (art. 105, II, da Constituição mexicana), que podem ser ajuizadas pelos legitimados, nas hipóteses de uma norma geral ser contrária à Constituição, possuindo a SCJN competência para dirimir tais controvérsias.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (SCJN) E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

4.1 Decisões da Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):

A Suprema Corte de Justicia de la Nación (doravante SCJN) é a Corte Constitucional mexicana, órgão de cúpula do Judiciário daquele país, sendo também composta por 11 ministros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, de maneira similar ao procedimento existente no Brasil. Sua disciplina constitucional encontra-se nos art. 94 e seguintes da Constituição mexicana.

Devido à escassez jurisprudencial do tema no México, foram analisadas todas as decisões proferidas pela SCJN que tratam do mínimo existencial/vital, no período compreendido de janeiro de 2007 a dezembro de 2013. Estas foram encontradas no site da referida Corte⁹³ e possuem os seguintes números de verificação: *nº 172545; nº 172546; nº 2002744; nº 2002743; nº 159822 e nº. 459820.*

De se ressaltar que, diferentemente do Brasil, o órgão de cúpula do Judiciário mexicano não disponibiliza seus julgamentos na íntegra, deixando público, apenas, uma ementa com breves explicações relativas à fundamentação da decisão, mas não há descrição do caso concreto.

Na maioria das decisões analisadas, a Corte Constitucional mexicana trata de *mínimo vital*; porém, sua abordagem se refere, na maioria dos casos, à isenção de tributos e pensões, afastando-se, pois, da proposta aqui adotada.

De acordo com o Julgado *nº 172545*, proferido pela SCJN, em 31 de janeiro de 2007, o direito ao *mínimo vital* possui plena aplicabilidade, a partir de uma interpretação sistemática dos direitos fundamentais consagrados na Constituição mexicana, sobretudo nos artigos 1º, 3º, 4º, 6º, 13, 25, 27, 31, IV e 123, englobando, nesta ordem, respeito aos direitos humanos, direito à educação, direito à saúde, liberdade de expressão, vedação do julgamento por tribunais de exceção, desenvolvimento sustentável, direito de propriedade, obrigação que os mexicanos possuem no sentido de contribuírem para as despesas do Estado e direito ao trabalho.

⁹³As consultas foram realizadas no site da SCJN e o termo utilizado nas buscas foi “mínimo vital”: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMUsSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL18_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TCcDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9ha iOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/tesis.aspx](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMUsSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL18_tC5MvotqOSc9ziDl6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TCcDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9ha iOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/tesis.aspx)

A decisão considerou ser o mínimo vital um pressuposto do Estado Democrático de Direito, já que os indivíduos devem ter como ponto de partida condições tais que lhes permitam desenvolver um plano de vida autônomo, a fim de facilitar sua participação ativa na vida democrática. Destarte, entendeu ser o mínimo vital um direito imprescindível para uma subsistência digna e autônoma (MÉXICO, 2007).

Ademais, seu conteúdo coincide com as competências, condições básicas e prestações sociais necessárias para que a pessoa possa levar uma vida livre da miséria, abarcando todas as medidas positivas e negativas para evitar que a pessoa se veja incondicionalmente reduzida em seu valor intrínseco como ser humano, por não contar com as condições materiais lhes permita uma existência digna. Portanto, este direito visa garantir que a pessoa – centro do ordenamento jurídico – não se converta em instrumento de outros fins (MÉXICO, 2007).

Segundo a decisão *nº 172546*, proferida pela SCJN, em 31 de janeiro de 2007, o direito ao *mínimo vital* constitui também um *limite para o legislador na imposição de tributos*. Isso porque a capacidade contributiva deve ser apreciada levando em conta a real situação do indivíduo, pois, em que pese o dever de tributar ser geral, o direito ao mínimo vital exige outra análise. Assim, se a pessoa não dispuser dos recursos materiais necessários para subsistir de maneira digna e autônoma, ela não poderá ser sujeito de certas cargas fiscais, pois isso agravaria ainda mais a sua situação de penúria. Nesse sentido, o mínimo vital possui uma acepção negativa, de limite estatal. Segundo a Corte Constitucional mexicana, ainda, não se trata de intromissão indevida na esfera legislativa, dentro da qual se insere o sistema tributário, dado que esta não é ilimitada.

Desse julgado depreende-se que a SCJN tratou do mínimo vital sob um aspecto tributário, de maneira semelhante à proposta de Torres (2009). Porém, esse entendimento não converge com o conteúdo aqui proposto para o mínimo existencial.

O julgado *nº 2002744*, proferido pela SCJN, em 31 de outubro de 2012, dispõe que eventual violação ao mínimo vital será verificada no caso concreto. No mesmo sentido da decisão anterior, dispõe que os contribuintes devem concorrer para o financiamento dos tributos públicos, de acordo com a sua capacidade contributiva, mas sempre na medida em que isso exceder um espectro mínimo, que possa considerar idônea a cobrança. Do contrário, imposição de tributos agravaria ainda mais a sua situação de penúria, violando, pois, o seu mínimo vital.

Verifica-se uma tendência, jurisprudencial e doutrinária, no México, em relacionar o mínimo vital à cobrança de tributos. Nesse sentido, a jurista mexicana, Laura Ibarra (2007), trata do direito ao mínimo vital como a obrigação imposta ao legislador de analisar se a

pessoa que não dispõe dos recursos materiais necessários para subsistir de maneira digna deve ou não ser sujeita a certas *cargas tributárias*. Assim, segundo seu conceito, o *mínimo vital*, no México, diz respeito apenas às pessoas hipossuficientes e se relaciona à isenção de tributos.

Ibarra (2007) traça um panorama do mínimo vital, à luz das isenções tributárias. Afirma que, conforme a Constituição mexicana, destacam-se os princípios da justiça das contribuições, da segurança jurídica, equidade e proporcionalidade tributárias, os quais fundamentam o mínimo vital.

Destarte, *o objetivo do mínimo vital seria evitar que o Estado, não obstante as obrigações do povo mexicano de contribuir para custear os gastos públicos, prejudicasse ainda mais a situação das pessoas que não possuem condições de arcar com as suas próprias necessidades e de sua família* (IBARRA, 2007).

Ademais, mesmo sendo certo que pessoas físicas devem contribuir com os gastos públicos, também é certo que se deve respeitar o mínimo vital de cada indivíduo (IBARRA, 2007). Para a autora, toda vez que uma pessoa não dispuser dos recursos materiais necessários para subsistir de forma digna, deve-se evitar impor a ela cargas fiscais que lhe ocasionem uma situação de penúria maior.

O Julgado *nº 2002743*, de 31 de outubro de 2012, da SCJN, Quarto Tribunal Colegiado em matéria administrativa do primeiro circuito, é o primeiro a fazer referência ao *mínimo existencial*, sem, contudo, abandonar a expressão *mínimo vital*. Conforme já mencionado, no Brasil, estas expressões não são sinônimas. Todavia, *mínimo vital*, em espanhol, tem o mesmo sentido que o *mínimo existencial* tem no Brasil (ou seja, em espanhol, ele não significa apenas o mínimo para sobrevivência, como ocorre em português).

Nesse julgado, a SCJN considerou que o direito ao mínimo existencial se apoia nos princípios do Estado Social de Direito, dignidade humana, solidariedade e proteção de certos bens constitucionais. Para a Corte, esse direito abarca as condições mínimas para desenvolver um plano de vida autônomo e de participação ativa na vida democrática do Estado (educação, moradia, saúde, salário digno, seguridade social, meio ambiente etc), pois, caso se careça deste mínimo básico, as coordenadas centrais da ordem constitucional perdem seu sentido. Dos exemplos colocados pela Corte depreende-se a escolha aleatória dos direitos que compõem o mínimo existencial, alargando sobremaneira seu conteúdo, de modo a retirar sua força vinculante e justiciabilidade imediata.

Ademais, a supracitada decisão dispõe ser o mínimo vital um conceito jurídico indeterminado, que exige confrontar a realidade com os valores e fins dos direitos sociais, sendo necessária a realização de uma avaliação das circunstâncias do caso concreto, pois, a

partir de tais elementos, é que seu conteúdo será determinado. Por derradeiro, sustenta que cada governado possui um mínimo existencial diferente e, dessa forma, a análise desse direito implica determinar, em cada caso concreto, em que medida este deve ser garantido (entendemos que a Corte adotou a *teoria relativa* para a determinação do *núcleo essencial*, já que seu conteúdo será obtido após a ponderação dos princípios envolvidos).

O julgado *nº 159822*, da Suprema Corte de Justiça da Nação, proferido em 13 de dezembro de 2013, também analisa o mínimo existencial através da ótica fiscal, repetindo os argumentos supracitados.

O julgado *nº 459820*, proferido em 13 de dezembro de 2013 considera que o direito ao mínimo vital possui um conteúdo que transcende a todos os âmbitos que preveem medidas estatais que permitam respeitar a dignidade humana. Essa decisão é de suma importância, pois reconhece que o direito ao mínimo vital vai além da matéria fiscal e laboral, abarcando um conjunto de medidas estatais de diversas índoles (compreendendo ações positivas e negativas) que permitem respeitar a dignidade humana, nas condições descritas no artigo 25⁹⁴ da Constituição mexicana, considerando que esse direito não só se refere a um mínimo para a sobrevivência econômica, como também para uma existência livre e digna.

Entendeu que o direito ao mínimo vital transcende ao seu aspecto tributário, projetando-se na necessidade de o Estado garantir a disponibilidade de certas prestações, devendo, ainda, assumir a tarefa de remover os obstáculos de ordem econômica e social que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa e a efetiva participação de todos os cidadãos na organização política, econômica, cultural e social do país (MÉXICO, 2013).

Muito embora se verifique uma tendência jurisprudencial a reconhecer que o direito ao mínimo existencial/vital se relaciona a determinados direitos fundamentais sociais (mínimos), não há tratamento rigoroso da disciplina pela SCJN que, na maioria dos casos, analisou o conteúdo do mínimo existencial de maneira discricionária e à luz da temática das isenções tributárias.

4.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal (STF):

⁹⁴ “Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.” (MÉXICO, 1917)

Foram analisadas as decisões proferidas pelo STF no período compreendido entre 04 de novembro de 2014 a 10 de dezembro de 2015, quais sejam, *Ag. Reg. no RE com agravo 727.864*; *Ag. Reg. RE 745.745 e Mandado de Segurança 31.472*. No período investigado (que corresponde ao último ano da pesquisa), houve apenas essas decisões sobre o mínimo existencial no STF. Ainda, analisou-se a decisão proferida no bojo da *ADPF nº 45*, por ser a pioneira no tema em nossa Corte Constitucional.

De início, destaca-se que a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal a tratar do mínimo existencial no Brasil fora a proferida em sede de cautelar, em 29 de abril 2004, no bojo da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 45*⁹⁵, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), contra o sr. Presidente da República, à época, Luiz Inácio Lula da Silva.

Em suma, a questão central se referia ao veto presidencial que incidiu sobre o §2º, do art. 55, da proposição legislativa que se converteu na lei nº. 10.707/2003, cujo conteúdo versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) da União, destinada a fixar as diretrizes para a elaboração do orçamento de 2004.

O dispositivo vetado determinava 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 a Erradicação da Pobreza. No entanto, segundo o PSDB, tal veto implicou desrespeito ao preceito fundamental oriundo da EC nº 29/2000, que garantia os recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Ocorre que a ação não chegou a ser julgada, ou seja, não se pode afirmar que houve algum desrespeito a preceito fundamental. A questão debatida na *ADPF nº45* perdeu seu objeto, uma vez que o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional a Lei 10.777/03, tratando do mesmo tema e contendo, agora, o dispositivo vetado.

⁹⁵ADPF 45 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. EMENTA: ARGÜIÇÃO 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 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Não obstante a isso, importante salientar a posição do Ministro Celso de Mello, no caso, na medida em que este foi um marco para os direitos fundamentais sociais e para o reconhecimento de um direito ao *mínimo existencial* no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo o Ministro relator, a ADPF é o remédio constitucional adequado para viabilizar a concretização de políticas públicas previstas na CF/88, quando descumpridas, total ou parcialmente. Ademais, Celso de Mello sustentou que o STF não pode:

(...) demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena de o poder público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável a integridade da própria ordem constitucional (BRASIL, 2004, p.145)

Ademais, de acordo com o relator, as Constituições modernas, em especial a CF/88, preveem meios para assegurar condições para uma vida com dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência: “Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos” (BRASIL, 2004, p.150).

Celso de Mello concluiu que o mínimo existencial deve ser prioridade nos gastos públicos e, desta forma, é totalmente compatível com o argumento da reserva do possível. Todavia, no caso concreto, esse argumento é inoponível ao mínimo existencial.

Segundo Castro (2012), em um país como o Brasil, que não atingiu o padrão desenvolvimento da Alemanha, onde a maioria das necessidades básicas já se encontra satisfeita, aplicar o argumento da reserva do possível pode ser desastroso, sobretudo quando se trata do direito ao mínimo existencial, o qual, a rigor, tem de ser satisfeito, independentemente da existência de lei ou previsão orçamentária.

A segunda decisão a ser analisada é o *Ag. Reg. no RE com agravo nº 727.864*, Estado do Paraná, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, agravante Estado do Paraná, Agravado Ministério Público do Paraná, julgada em 04 de novembro de 2014.

Trata-se de caso envolvendo direito à saúde em que se visava o custeio, pelo Estado membro do Paraná, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas, em benefício dos pacientes do SUS, atendidos pelo SAMU, em caso de ausência de leitos na rede pública.

Em relatório, o Ministro Celso de Mello entendeu ser a *ação civil pública* o instrumento adequado para tratar dos interesses metaindividuais, em sede de tutela coletiva, possuindo o Ministério Público legitimidade ativa *ad causam* para ajuizá-la.

Em suma, o voto analisado fez remissão à decisão proferida na ADPF nº45, quanto ao mínimo existencial, de modo a reforçar e repetir os argumentos lá aduzidos. Nesse sentido, sustentou, com relação à reserva do possível:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de **condições materiais mínimas de existência** (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004) (BRASIL, 2014, p.10) (grifos nossos)

Ademais, de acordo com o Ministro Celso de Mello, o direito à saúde possui altíssimo relevo jurídico-social e, desta forma, entre proteger sua inviolabilidade ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, entende que as razões de ordem técnico-jurídica impõem ao julgador apenas uma opção, qual seja, a que privilegia a vida e à saúde humana.

De se destacar que, segundo o referido Ministro, o art. 196 da CF/88 (direito à saúde) *possui caráter programático*, mas, não obstante a isso, não pode ser entendido como mera: “(...) promessa constitucional inconsequente” (BRASIL, 2014, p.13). Todavia, conforme explanado alhures, esta classificação deve ser definitivamente afastada, haja vista negar a fundamentalidade dos direitos sociais ao retirar sua exigibilidade.

Outrossim, Celso de Mello cita o *princípio da vedação do retrocesso social*, que deve ser aplicado para proteger os direitos fundamentais sociais, a fim de impedir que sejam desconstituídas as conquistas sociais já alcançadas pelos indivíduos.

Salientou a responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente as carentes. Ao final, negou-se provimento ao recurso interposto pelo estado do Paraná.

Outra decisão a ser analisada fora a proferida no *Ag. Reg. do RE 745.745*⁹⁶, em 02 de dezembro de 2014, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, perante a 2ª Turma, do

⁹⁶ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA

STF, tendo como parte agravante o município de Belo Horizonte e agravada, o Ministério Público de Minas Gerais.

O relatório menciona o núcleo essencial do direito à saúde. A questão central é verificar a possibilidade de o Judiciário determinar a adoção de medidas, pelo Município, quando omissivo, sem incorrer em ofensa ao princípio da separação de poderes.

No voto do relator, há, inclusive, menção à ADPF nº 45, sustentando que, ainda que não cabe à Corte Constitucional o papel de formular e implementar políticas públicas, haja vista que os poderes Legislativo e Executivo têm essas funções precípuas, será possível a sua ingerência, excepcionalmente, quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos vinculantes, comprometendo, desta forma, a eficácia e a integridade dos direitos fundamentais, conforme ocorrera no caso em tela: “Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa” (BRASIL, 2014, p.05).

Importante destacar o posicionamento do Ministro no que toca à aplicação do argumento da reserva do possível em casos que envolvam o direito ao mínimo existencial. Assim, segundo Celso de Mello (BRASIL, 2014, p.08):

(...) a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS : IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: *ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO)* – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (grifos acrescidos).

Por derradeiro, o voto do relator entendeu ser indiscutível a primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, sendo este um direito básico do cidadão. Ao final, a Turma acompanhou o entendimento do relator e, por votação unânime, negou provimento ao agravo.

Quanto à decisão mais recente, *mandado de segurança nº 31.472*, julgado em 27 de outubro de 2015, Distrito Federal, relatoria do Ministro Teori Zavaski, há apenas uma menção ao mínimo existencial⁹⁷, no bojo de um recurso cujo objeto é pensão militar por morte, destoando, portanto, das decisões supracitadas (em uma abordagem similar à dada pela SCJN). Portanto, verificou-se um afastamento, relativamente ao conteúdo, daquilo que já vinha sendo decidido por nossa Suprema Corte. Isso demonstra a falta de racionalidade, também no Brasil, das decisões que tratam do direito ao mínimo existencial.

⁹⁷ Conforme cópia de trecho do referido MS: “Nesse precedente, decidiu-se que, apesar de a interessada ser casada e seu marido receber benefício previdenciário no valor de um salário-mínimo, não pode haver obstáculo ao reconhecimento da necessidade e urgência na concessão da pensão militar, “em observância à cultura brasileira de ajuda aos pais idosos, à garantia do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana”(BRASIL, 2015, p.09, 10)

CONCLUSÃO:

Os direitos fundamentais asseguram os principais valores de uma sociedade e descrevem as exigências indispensáveis para o adequado funcionamento do procedimento de deliberação democrática. Dentre eles, os direitos fundamentais sociais asseguram os meios para que o indivíduo possa agir autonomamente, suprindo suas necessidades básicas.

Muito embora existam posicionamentos que neguem sua fundamentalidade, entende-se que todos os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, não cabendo diferenciação entre eles. Ademais, parte da doutrina e jurisprudência dos países investigados ainda se refere a eles como “normas programáticas”, no entanto, esta classificação deve ser definitivamente afastada, haja vista negar sua própria fundamentalidade.

Devido à possibilidade de interesses contrastantes, os princípios que abrigam direitos fundamentais sociais podem entrar em colisão. Estas lides, em geral, se enquadram na categoria dos *casos difíceis* e, para dirimi-los, deve-se aplicar a máxima da proporcionalidade.

Por possuírem estrutura principiológica, seu conteúdo definitivo somente pode ser obtido após a ponderação.

Alexy considera que o direito ao mínimo existencial é definitivo *a priori* e, dessa maneira, não seria possível sua restrição. Diferentemente do autor, entende-se que *não há direitos definitivos a priori*. Ainda que o conteúdo do mínimo existencial mude lentamente, ele não é definitivo. A diferença, então, entre o mínimo existencial e os demais direitos fundamentais sociais é que o primeiro, em uma ponderação, possui peso *abstrato* mais elevado e o núcleo essencial melhor delimitado previamente (o que não significa já definido).

O direito subjetivo ao mínimo existencial se refere apenas ao núcleo essencial de determinados direitos fundamentais sociais, eis que visam suprir as necessidades básicas dos indivíduos. Disso depreende-se que não se pode inserir, aleatoriamente, direitos outros (que não os sociais) em seu conteúdo, pois isso retiraria sua força vinculante e exigibilidade imediata. Destarte, ele deve ser delimitado com base em sua definição original.

Restou demonstrado ser inviável agregar o direito à moradia no conteúdo do mínimo existencial nos países analisados, haja vista serem suas condições socioeconômicas completamente distintas da realidade da Alemanha. Conclui-se, assim, que, no Brasil e no México, compõem o mínimo existencial o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais à *educação e à saúde*.

Como não existe delimitação do conteúdo do mínimo existencial no México - as poucas alusões jurisprudenciais de sua Corte Constitucional tratam de aspectos tributários e

fiscais - traçou-se um paralelo entre o conteúdo do mínimo existencial no Brasil, e como são tratados os direitos que o compõem na realidade mexicana.

O *núcleo essencial do direito à educação no Brasil* é composto pela *educação infantil*, em suas modalidades de creches (crianças de até 03 anos de idade) e pré-escolas (crianças de 04 a 05 anos de idade), esclarecendo que, muito embora as creches não integrem a denominada *educação básica obrigatória* (haja vista que a previsão constitucional é de obrigatoriedade e gratuidade da educação básica dos 04 aos 17 anos de idade), elas também estão contidas no núcleo essencial do direito à educação, o que pode ser justificado pelo argumento *a fortiori*, bem como pelo princípio da interpretação ampliativa dos direitos fundamentais.

Desta maneira, não é uma faculdade do Poder Público (neste caso, do Município) fornecer creches e pré-escolas às crianças, mas um verdadeiro dever jurídico, tanto que, em caso de ausência de vagas na rede pública, deve-se matricular a criança em unidade privada de ensino.

Ademais, também o *ensino fundamental compõe o núcleo essencial do direito à educação* e, portanto, será insuscetível de qualquer restrição, ou seja, não é juridicamente possível alegar qualquer princípio ou interesse apto a afastar a aplicabilidade imediata e integral desse direito subjetivo.

Considerando que o Brasil não consegue oferecer, nesse momento, educação infantil e ensino fundamental para todos, concluiu-se que inserir o ensino médio no conteúdo do núcleo essencial do direito à educação seria algo imprudente, já que inexecutável.

Quanto ao *núcleo essencial do direito à educação no México*, em suma, ele é composto pela *educação básica - que corresponde à nossa educação infantil e ensino fundamental - restando excluído, igualmente, o ensino médio superior* (que equivale ao nosso ensino médio) pelas mesmas razões já apontadas relativamente ao Brasil.

Passando agora para o exame do *núcleo essencial do direito à saúde no Brasil*, ele é composto das denominadas *demandas de saúde de primeira necessidade* e, excepcionalmente, das *demandas de saúde de segunda necessidade*, quando essenciais à sobrevivência do indivíduo.

Quanto ao *núcleo essencial do direito à saúde no México*, igualmente, sua delimitação somente será possível no caso concreto, sob o viés da essencialidade à dignidade humana e diante das possibilidades fáticas do Poder Público.

Outrossim, levando em conta o contexto dos países investigados, entende-se que o direito ao mínimo existencial deve ser garantido apenas àqueles que não possuem condições

financeiras para arcar com determinadas prestações materiais, sem prejuízo próprio ou de sua família, ou seja, ele deve ser assegurado às pessoas carentes economicamente, aos hipossuficientes.

Por derradeiro, quanto aos meios para sua realização, tais escolhas relacionam-se à esfera de discricionariedade legislativa e executiva para a elaboração das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. Organização Ernesto Garzón Valdés.. [et al]; tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. rev. Luís Afonso Heck. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Teoria do discurso e direitos do homem in Luís Afonso Heck. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Law and correctness*. Current legal problems, v. 51, edited by M.D.A. Freeman, Oxford University Press: 1998. (p. 205-221)

_____. *Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito*. (Do original Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts). Publicado em Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie, v.95, n.2, p.151-166, 2009. Tradução: Fernando Leal, mestre em direito público pela UERJ e doutorando em direito na Christian-Albrechts Universität zu Kiel. (p.09 – 30)

_____.Princípios formais in Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno ... [et al] *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria Discursiva do Direito*. 1ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Landy, 2005.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas. A ponderação judicial na solução de conflitos normativos entre direitos fundamentais sociais densificados em leis e regras orçamentárias in DUARTE, David [et. Al]; SARLET. Ingo (org.). *Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ANDEREM, Eduardo. *Las leyes, la política y la alta política educativa*. In Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional, nº16, enero-junio 2007.

Disponível em:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/numero/16/ard/ard1.htm>

ANGELUCCI, Paola Durso. *Conceito, conteúdo e efetividade do mínimo existencial em Robert Alexy: uma análise comparativa entre Brasil e Colômbia*. Juiz de Fora. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da UFJF. 2015.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

BARBA, Bonifacio. *Axiologia constitucional y proyecto educativo de México*. Revista Perfiles Educativos, UNAM, vol. XXXVI, nº 146, p.116-134, 2014.

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.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Dezembro de 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso 03/07/2015.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: Cláudia Toledo (organização). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 159-187.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. In BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 01-49.

_____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARUFFI, Helder. *A educação como um direito social fundamental: positivação e eficácia*. Educação e Fronteiras On-Line, Dourados/MS, v.1, n.3, p.146-159, set./dez. 2011.

BOAVENTURA, Edivaldo M. *A educação na Constituição de 1988*. Brasília: Revista Informação Legislativa, 1995.

BRANDÃO, Marisa. *Sobre a educação básica mexicana hoje: a “qualidade” capitalista avança, mas os trabalhadores conscientes resistem*. Revista Marx e o Marxismo, vol. 02, jan/jun 2013. Disponível em:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf

_____. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 05 jan. 201.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm >. Acesso em: 20 dez. 2014.

_____. *Lei das diretrizes da educação básica*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. *Ministério da Educação*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=210&Itemid=324>. Acesso em: 03 jan. 2015.

_____. *INEP*. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/pisa-programa-internacional-de-avaliacao-de-alunos>

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 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: 07 de ago 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no RE com agravo 727.864*. Relator: Ministro Celso De Mello. Data do julgamento 04/11/2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25311019/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf/inteiro-teor-151223593>. Acesso: 10 de ago. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. RE 745.745*. Relator: Ministro Celso De Mello. Data do julgamento 02/12/2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338650/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-745745-mg-stf/inteiro-teor-159281715>. Acesso: 06 de set. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 31.472*. Relator: Teori Zavascki. Data do julgamento 27/10/2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308134465. Acesso: 08 de set. 2015.

_____. *Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009, do Conselho Nacional de Educação*. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CEcQFjAE&url=http%3A%2F%2Fportal.mec.gov.br%2Fdocuments%2Fceeb004_09.pdf&ei=GPEnUpTAIeajsQsb6ICADQ&usq=AFQjCNG1NsnZILZz52rLfr1rWYnaWMkoZA> Acesso em: 10 set. 2015.

_____. *Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 8058, de 2014*. Institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9128DB98F2BA7693A2442312B515D540.proposicoesWeb1?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014. Acesso: 05 de jul. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes... [et al]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARPIZO, Jorge. *Los derechos de la justicia social: si proteccion procesal em Mexico*. Boletim mexicano de derecho comparado, vol. 45, nº 135, México, sep/dic. 2012.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. *O direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* São Paulo: I.M.D. Castro, 2012. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP.

CORTES, Lara Barbosa Quadros. *Estado federal e igualdade na educação básica pública*. Data da defesa: 05/02/2014. São Paulo. Tese de Doutorado. Faculdade de direito da USP. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05022014-114705/pt-br.php>

DÍAZ, José Ramon Cossío. *Problemas para a exigibilidade dos direitos sociais no México*. Publicado na Biblioteca Jurídica Virtual do Instituto de investigações jurídicas da UNAM. Disponível em: www.juridicas.unam.mx

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *A eficácia do direito à saúde*. Revista Ética e Filosofia Política, n. 16, v. 1, jun. 2013.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica in COUTINHO, Adalcy Rachid [et. Al]; SARLET. Ingo (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso: 30/07/2015.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº.07, jan/jun 2006, vol.02. Disponível em: < <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/334/327>> Acesso: 17/10/2015.

FONDEVILA, Gustavo. *Educação e acesso à Justiça no México*. Diálogo político, v.4, p.109-133, Buenos Aires: KAS, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed., 2007.

GARCÍA, Fernando Silva; GUERRERO, Emmanuel Rosales. *Derechos sociales y prohibición de regresividad: El caso ISSSTE y su voto de minoría*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cidade do México, nº 20, p.315-340, jan/jun 2009. Disponível em: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/cj/cj11.htm

HABERMAS, Jürgen. *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*. Metaphilosophy, Vol. 41, No. 4, July 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HUERTO, Mauricio Iván Del Toro. La constitucionalización de la educación em derechos humanos desde la perspectiva del derecho internacional in *Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudência constitucional e interamericana*. Coord. POISOT, Eduardo Mac-Gregor et al. México: Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

IBARRA, Laura. *Direito ao mínimo vital*: – parecer para o EY México (2007). Disponível em: http://www.eyboletin.com.mx/eysite2/index.php?option=com_content&task=view&id=378&Itemid=9

KLATT, Matthias. *Normatividade semântica e a objetividade da argumentação jurídica*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 201-213, julho-dezembro 2010, UNISINOS.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: Possibilidades materiais in *Jurisdição e Direitos Fundamentais*: anuário 2004/2005/ Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado. Ed., 2006. V.1, t.1.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo in COUTINHO, Adalcy Rachid [et. Al]; SARLET. Ingo (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, (p.111 a 145).

MENDES, G. F. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (Série EDB). 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÉXICO. *Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

_____. *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*. Decisão nº 172545. Julgado em 31/01/2007. Disponível em: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/172/172545.pdf>
Acesso: 05 de ago. de 2015.

_____. *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*. Decisão n° 172546. Julgado em 31/01/2007. Disponível em: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Tesis.aspx> Acesso em 01 de set. de 2015.

_____. *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*. Decisão n° 2002744. Julgado em 31/10/2012. Disponível em: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Tesis.aspx> Acesso em 01 de set. de 2015.

_____. *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*. Decisão n° 2002743. Julgado em 31/10/2012. Disponível em: [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLl8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=10000000000&Expresion=m%25C3%25ADnimo%2520existencial&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=6&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2002743&Hit=2&IDs=159820,2002743,2001031,161233,168160,172348&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLl8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdIi3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFCi6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuiu5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=10000000000&Expresion=m%25C3%25ADnimo%2520existencial&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=6&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2002743&Hit=2&IDs=159820,2002743,2001031,161233,168160,172348&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=) Acesso: 05 de ago. 2015.

_____. *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*. Decisão n° 159822. Julgado em 13/12/2013. Disponível em: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Tesis.aspx> Acesso: 10 de ago. de 2015.

_____. *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*. Decisão n°. 459820. Julgado em 13/12/2013. Disponível em: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Tesis.aspx>. Acesso: 15 de ago de 2015.

MIRANDA, Ciro Carvalho. *SUS: medicamentos, protocolos clínicos e o Poder Judiciário: Ilegitimidade e Ineficiência*. Brasília: Editora Kiron, 2013.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernistas*. 2ª Ed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MORENO, Ángel Guillermo Ruiz. *Los nuevos paradigmas del derecho de la seguridad social em Mexico*. Revista Latinoamericana de Derecho Social, n. 17, Julio-diciembre de 2013, p.31-64. Disponível em: www.juridicas.unam.mx

NUNES. Antônio José Avelãs; SCAFF. Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. Revista da Defensoria Pública, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 161-178.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*; tradução: Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stigert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, José Afonso. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito administrativo, n.º. 212, 1998, p:89-94.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARLET, Ingo W. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <http://esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso: 20/04/2015.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. In MARQUES, Claudia Lima ... [et. al] *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (p.90-126).

_____. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista Doutrina TRF4, 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 13 set. 2015

SARMENTO, Daniel . *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Leituras Complementares de Constitucional - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. *O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde*. CONASS, 2015.

Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf

SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, Ed., 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº. 798, p. 23- 50, 2002.

SOUZA, Fernanda Marques de. O ativismo judicial e o direito à educação: a legitimidade do judiciário como arena de deliberação de políticas públicas para a educação infantil. In BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo ... [et. al] *Processo e Constituição: estudos sobre judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. (Leitura da p.67-161 e 195-215)

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. Edição. 3. Tiragem. Editora Malheiros. 2012.

TOLEDO, Cláudia. *Direitos fundamentais: conteúdo, princípio da proporcionalidade e efetivação*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 27, n. 2: 223-236, jul./dez. 2012 Disponível em:
<<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume272/09.pdf>> Acesso: 05/08/2015.

_____. *Fundamental social rights and existenzminimum in Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies* Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. 2015.

_____. *Mínimo existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã*. *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016.

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

TREJO, Omar Gómez. Los derechos a la alimentación, al agua, a la salud, a la vivienda contenidos em El artículo 4º constitucional a luz del derecho internacional de los derechos humanos em México in *Derechos humanos en la constitución: comentarios de jurisprudência constitucional e interamericana*. Coord. POISOT, Eduardo Mac-Gregor et al. México: Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p.579-628.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cleverton Elias. *Educação básica na legislação brasileira*. Revista Sequência, n.º 47, p. 99-125, 2003.