

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**Paola Durso Angelucci**

**CONCEITO, CONTEÚDO E EFETIVIDADE DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” EM  
ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E  
COLÔMBIA**

**Juiz de Fora**  
**2015**  
**Paola Durso Angelucci**

**CONCEITO, CONTEÚDO E EFETIVIDADE DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” EM  
ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E  
COLÔMBIA**

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<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cláudia Maria Toledo da Silveira.

**Juiz de Fora**  
**2015**

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Angelucci, Paola Durso.

Conceito, conteúdo e efetividade do "mínimo existencial" em Robert Alexy: uma análise comparativa entre Brasil e Colômbia / Paola Durso Angelucci. -- 2015.

86 f.

Orientadora: Cláudia Maria Toledo da Silveira  
Dissertação (mestrado acadêmico) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

1. mínimo existencial. 2. dignidade humana. 3. direitos fundamentais sociais. 4. judicialização. I. Silveira, Cláudia Maria Toledo da, orient. II. Título.

**Paola Durso Angelucci**

**CONCEITO, CONTEÚDO E EFETIVIDADE DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” EM  
ROBERT ALEXY: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E  
COLÔMBIA**

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 Profª Drª Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Aprovada em        de        de

**BANCA EXAMINADORA**

---

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Universidade Federal de Juiz de Fora

---

## **AGRADECIMENTOS**

*Aos meus pais e familiares, pela paciência; pelos valores que me ensinaram; pelo apoio, desde os primeiros passos; pelo maior amor do mundo.*

*Aos meus amigos e amigos-irmãos, que foram companheiros de caminhada, de construção do pensamento e de tantos momentos felizes!*

*À minha querida orientadora, que compartilhou sua sabedoria com tamanha generosidade, que me incentivou a ir mais longe, que acreditou na minha capacidade, me inspirando a ser uma pessoa e profissional melhor: obrigada!*

*A todos os mestres que me inspiraram a chegar até aqui.*

## **RESUMO**

Este trabalho pretende investigar o conceito e o conteúdo do mínimo existencial no Brasil e na Colômbia, considerando o período compreendido entre outubro de 2013 e outubro de 2014. A hipótese investigada baseia-se na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, que entende o conteúdo do “mínimo existencial” como forma de proteção da dignidade humana e estabelece o tratamento dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos a serem concretizados na maior medida possível. Assim, pretende-se analisar também a possibilidade de obtenção, pela via judicial, das prestações materiais referentes ao mínimo existencial. Esta pesquisa orienta-se, portanto, por uma linha de investigação jurídico-compreensiva, a partir da análise de conteúdo do tratamento formal (relativo às normas sobre direitos fundamentais) e material (relativo à jurisprudência) conferido aos direitos prestacionais em sentido estrito. Para tanto, serão utilizados como fonte o direito positivado (normas constitucionais dos dois países), a pesquisa bibliográfica de livros e artigos sobre o tema e a pesquisa jurisprudencial referente às decisões das Cortes Constitucionais (brasileira e colombiana) abarcadas pelo período mencionado.

Palavras-chave: mínimo existencial; dignidade humana; direitos fundamentais sociais; judicialização.

## **ABSTRACT**

This paper aims to investigate the concept and content of the existential minimum in Brazil and Colombia, considering the period between October 2013 and October 2014. The hypothesis investigated is based on the Theory of Principles developed by Robert Alexy, who understands the content of the "existential minimum" as a form of protection of human dignity and establishes the treatment of fundamental social rights as subjective rights to be implemented to the greatest possible extent. Thus, we intend to also examine the possibility of obtaining, through the courts, the material benefits for the existential minimum. This research is guided, therefore, by a line of legal and comprehensive research, from the formal analysis of the norms to the content analysis related to the Court decisions about fundamental rights. As source, we studied the norms (constitutional requirements of the two countries), the literature of books and articles on the subject and the research of Constitutional Courts decisions regarding this matter during that period of time.

**Keywords:** existential minimum; human dignity; fundamental social rights; judicialization.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	13
<b>1 Conceito e conteúdo de direitos fundamentais sociais nas Constituições Colombiana e brasileira</b> .....	17
1.1 Questionamentos acerca da fundamentalidade dos direitos sociais.....	20
1.2 Ponderação e centro de resistência dos direitos fundamentais sociais.....	24
1.3 A ideia de núcleo essencial em direitos fundamentais sociais.....	26
<b>2 Conceito e conteúdo de mínimo existencial</b> .....	28
2.1 Ponderação e mínimo existencial.....	34
2.2 Do direito à educação: Brasil e Colômbia.....	36
2.3 Do direito à moradia: Brasil e Colômbia.....	38
2.4 Do direito à saúde: Brasil e Colômbia.....	41
2.5 A nossa proposta de conceito e conteúdo de mínimo existencial no Brasil e na Colômbia.....	46
<b>3 O aspecto da efetividade: judicialização do mínimo existencial e limitações</b> .....	50
3.1 O projeto de lei nº 8058/14, no Brasil, e as sentenças estruturais na Colômbia.....	66
<b>4 Análise de jurisprudência do STF e da Corte Constitucional da Colômbia no tocante ao mínimo existencial</b> .....	69
4.1 Sentenças da Corte Constitucional da Colômbia.....	72
4.2 Sentenças do STF.....	79
<b>5 Conclusões</b> .....	85
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	88

## Introdução

Os *direitos fundamentais sociais* estão previstos no art.6º da Constituição Federal de 1988 e visam resguardar o acesso dos indivíduos às condições mais básicas para uma vida digna e para o exercício de uma liberdade efetiva. Todavia, a efetivação das prestações materiais que derivam destes direitos depende diretamente da situação econômica do país, de modo que a alocação de recursos priorizando um ou outro direito será de responsabilidade do legislador e da Administração Pública. Sendo assim, muito se discute sobre as escolhas estatais e suas consequências na realidade fática.

No tocante à prioridade de um *mínimo existencial* dentro dos direitos fundamentais sociais – que, na concepção de Alexy, engloba um nível elementar de saúde, a educação fundamental, o ensino técnico e profissionalizante, e uma moradia simples – a urgência nas prestações destes conteúdos minimamente necessários a uma vida digna e a gravidade da omissão estatal nestes casos tornam ainda mais evidente a problemática que envolve a aplicação dos preceitos constitucionais.

Desta forma, o estudo acerca do conteúdo e da efetividade de um mínimo existencial referente aos direitos fundamentais sociais *justifica-se* pela carência de uma delimitação precisa de quais são os direitos fundamentais sociais mínimos que integram o mínimo existencial. Isto porque tal aspecto se concretizará a partir das condições históricas, econômicas e condizentes com a realidade social e cultural de cada país ou população, surgindo, portanto, a necessidade de se delimitar um conteúdo mínimo a ser protegido.

Ademais, não há um consenso na doutrina sobre qual seria o conteúdo abarcado pelo “mínimo existencial”, que ainda remete a um caráter abstrato dos direitos fundamentais sociais e que exige uma especificação adequada à realidade social e normativa em que será inserido. Robert Alexy trata das garantias mínimas com base na Constituição alemã e na realidade observada naquele país; todavia, a abrangência e a profundidade de sua teoria tornam desejável (e possível) a adequação de suas propostas às demais Constituições que reflitam a ideologia de um Estado Democrático de Direito e que, portanto, tratem os direitos sociais como fundamentais à realização da liberdade e da dignidade dos indivíduos.

Assim como, no Brasil, os direitos fundamentais sociais foram contemplados pela proteção da Constituição de 1988, na Colômbia, a Constituição Política de 1991 levou ao reconhecimento formal destes direitos. Todavia, há um questionamento sobre a situação *real* destas garantias na vida diária da população colombiana, uma vez que, nas últimas duas décadas, problemas como a pobreza e a desigualdade (característicos também da realidade

brasileira) foram agravados pelo conflito armado interno, o que impede os cidadãos colombianos de desfrutarem dos direitos fundamentais sociais.

Logo, a escolha da Colômbia para uma análise comparativa *justifica-se* pela proximidade dos problemas sociais colombianos com os que enfrentamos no Brasil, o que é evidenciado pelo número de decisões da Corte Constitucional da Colômbia que tratam do mínimo existencial: em pesquisa realizada no site da referida Corte usando a expressão de busca “mínimo vital” (equivalente ao mínimo existencial), foram encontrados cento e quarenta registros, apenas no ano de 2013, o que evidencia a constante abordagem do tema.

Portanto, pode-se dizer que, em suma, esta pesquisa justifica-se tanto por um caráter social quanto por um caráter jurídico-científico que visa à necessária compreensão de uma teoria dos direitos fundamentais aplicada às realidades do Brasil e da Colômbia, com o intuito de otimizar a efetivação das garantias sociais mínimas previstas em suas respectivas normas constitucionais.

Diante deste contexto, pergunta-se: *qual seria o conceito e o conteúdo do mínimo existencial no Brasil e na Colômbia? De que maneira é possível obrigar o Estado a uma real efetivação deste mínimo?*

A **hipótese** que buscaremos investigar insere-se na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, que entende o conteúdo do “mínimo existencial” como forma de proteção da dignidade humana e estabelece o tratamento dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos a serem concretizados na maior medida possível, uma vez que são declarados em princípios constitucionais. Assim, pretende-se delimitar tal *conteúdo mínimo* de acordo com a realidade social do Brasil e da Colômbia e compreender a possibilidade de obtenção, **pela via judicial**, das prestações materiais necessárias à concretização de uma liberdade fática quando o Estado for omissivo ou ineficiente neste sentido. Isto considerando as **limitações** a estas prestações, como os argumentos referentes à reserva do possível, ao princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária e ao princípio da separação de poderes, quando se tratar da análise de doutrina e jurisprudência brasileira e colombiana.

Como assevera Alexy, é essencial que o indivíduo não viva abaixo do mínimo existencial, sendo assim excluído até mesmo da participação na vida social. Ademais, os direitos fundamentais catalogados na Constituição são expressão de um sistema de valores, de modo a privilegiar o desenvolvimento livre da personalidade do indivíduo e da sua dignidade. E, para que estes objetivos sejam concretizados, pressupõe-se uma medida mínima de liberdade fática.

É neste sentido que este estudo se orienta: ao comparar doutrina e jurisprudência de dois países latino-americanos, o que se busca é investigar a hipótese da concretização de garantias mínimas cujo *conteúdo* será adequado às realidades sociais em questão e cuja *efetividade* será fundada na liberdade e na dignidade do indivíduo.

Para tanto, a pesquisa pretende delimitar e compreender, por meio da doutrina e da jurisprudência, o conteúdo de “mínimo existencial” proposto na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, à luz das realidades brasileira e colombiana, de modo a desvendar a sua possível justiciabilidade e efetividade, bem como as limitações deste exercício do direito subjetivo às garantias mínimas.

Os objetivos específicos consistem em: a) verificar quantos são os *acórdãos* existentes sobre o mínimo existencial nas cortes supremas do Brasil e da Colômbia e quais direitos fundamentais sociais abarcam, considerando o período compreendido entre outubro de 2013 e outubro de 2014 – tal recorte temporal foi estabelecido visando a possibilidade de uma análise mais precisa das decisões mais recentes sobre o tema, respeitando o caráter científico do trabalho, o qual exige um recorte da realidade estudada para evitar um estudo superficial; b) comparar o conteúdo de “mínimo existencial” dentro das realidades brasileira e colombiana, com base na pesquisa jurisprudencial; c) verificar a existência de decisões que exijam uma *prestação material* por parte do Estado, com o intuito de analisar se há uma efetiva proteção ao mínimo existencial imposta pelos tribunais brasileiros e colombianos; d) verificar se as Cortes Constitucionais analisadas compartilham do entendimento de Robert Alexy acerca do mínimo existencial como direito subjetivo, tendo em vista limites fáticos e normativos, como a reserva do possível, do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária.

Esta pesquisa orienta-se, portanto, por uma linha de investigação jurídico-compreensiva, a partir da análise de conteúdo do tratamento formal (relativo às normas sobre direitos fundamentais) e material (relativo à jurisprudência) conferido aos direitos prestacionais em sentido estrito. Para tanto, serão utilizados como fonte o direito positivado (normas constitucionais dos dois países), a pesquisa bibliográfica de livros e artigos sobre o tema e a pesquisa jurisprudencial referente às decisões das Cortes Constitucionais (brasileira e colombiana) abarcadas pelo período mencionado.

Trata-se, portanto, de pesquisa *qualitativa*, no que diz respeito à delimitação do conteúdo do mínimo existencial a partir da análise da jurisprudência e das normas constitucionais; e *quantitativa*, no tocante à contabilização do número de decisões que tratam sobre o assunto na Colômbia e no Brasil dentro do período especificado.

Ou seja, a partir do estudo da bibliografia e da pesquisa jurisprudencial, pretende-se compreender a delimitação do conteúdo presente no conceito de “mínimo existencial” de Robert Alexy aplicado a duas realidades sociais dentro da América Latina, de modo a evidenciar possíveis alterações em seu conteúdo e também na proteção, pelos diferentes tribunais constitucionais, das garantias que abarca. Isto porque se considera que a definição do que seria o mínimo essencial à sobrevivência humana digna é melhor delimitada **além da teoria**, incluindo o estudo do tratamento conferido, por meio da **jurisprudência**, aos direitos de prestação que são geralmente abarcados pelo conceito.

Neste sentido, tendo em vista a abrangência das garantias fundamentais que constituem este mínimo e a dificuldade de sua real efetivação, discutiremos também a sua justiciabilidade e as limitações a este aspecto, provenientes do ordenamento brasileiro e colombiano.

Desta forma, busca-se alcançar, em suma, uma **compreensão do conceito e conteúdo do “mínimo existencial”** no Brasil e na Colômbia, bem como **definir o grau de efetivação das garantias** previstas nas normativas constitucionais a partir deste entendimento.

## **1. Conceito e conteúdo de direitos fundamentais sociais nas Constituições colombiana e brasileira**

Como destaca Arango (ARANGO, 2014, p.18), a desigualdade e a pobreza são marcantes nos países da América Latina, condenando milhares de pessoas a uma vida em condições indignas. Após se tornar independente dos colonizadores europeus, o continente teve que lidar com guerras externas e internas, aprendendo a ser democrático e a deixar os regimes totalitários que haviam se constituído para trás: fossem estes regimes reais (como na Argentina, Chile, Brasil, Paraguai, Uruguai) ou encobertos (considerando que, na Colômbia, houve um estado de sítio de cinquenta anos). Ao final do século XX, quando estabelecida a democracia no continente, tomou força um processo neoconstitucional, buscando justamente a superação da desigualdade e da pobreza.

Assim como existe a previsão expressa dos direitos fundamentais sociais no texto normativo brasileiro, a Constituição Política colombiana de 1991 prevê os Direitos Econômicos e Sociais no Capítulo 2. Neste capítulo, encontra-se também a referência expressa ao Sistema Geral de Pensões<sup>1</sup>, que será objeto das decisões proferidas pela Corte Constitucional no período de análise estabelecido neste trabalho, como será visto no último capítulo.

No sistema jurídico colombiano, os direitos fundamentais sociais são direitos a prestações positivas do Estado que foram consagrados na ordem jurídica nacional. Segundo a jurisprudência constitucional colombiana, direitos fundamentais sociais são os direitos à alimentação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho e à seguridade social, todos estes constituindo direitos individuais a prestações positivas do Estado (ARANGO, 2014, p.19).

Sob esta ótica, os direitos sociais reconhecidos na legislação trabalhista, civil ou administrativa, apesar de carecerem, a princípio, de fundamentalidade, podem adquiri-la dependendo do caso concreto e, então, serem protegidos pela jurisdição constitucional. Portanto, nada impede que os juízes reconheçam que estes direitos sociais gozam de proteção constitucional – especialmente nos casos que envolvem o princípio de proibição do retrocesso social e o princípio da progressividade dos direitos sociais, quando se alcançou um nível de proteção irreversível, a não ser que existam razões válidas e suficientes para afirmar o contrário (ARANGO, 2014, p.20).

Em sentido parecido, Karine da Silva Cordeiro (2012, p.25) relata que o período posterior à segunda guerra mundial criou, para o Estado, o papel de garantir a dignidade

---

<sup>1</sup> Mais informações no seguinte site: <http://www.redescolombia.org/ejes/sistema-de-servicios-para-colombianos/seguridad-social-colombianos-exterior/sistema-general-de-pensiones>

humana, fazendo nascer a preocupação com a verificação de condições reais para a plena efetivação dos direitos fundamentais.

No Brasil, a lei adotou um conceito abrangente de direitos fundamentais: segundo a posição da autora (CORDEIRO, 2012, p.30), que segue a de Ingo Sarlet (2009, p.77), são considerados direitos fundamentais as posições jurídicas referentes aos indivíduos que foram incorporadas à Constituição devido ao seu conteúdo e ao seu grau de importância, tanto quanto demais posições jurídicas que possam ser a estas equiparadas também por seu conteúdo e significado.

No mesmo sentido, desde a CP/91, a Corte Constitucional colombiana tem interpretado que os direitos fundamentais são determinados através da interpretação (como se verifica na sentença T-002 de 1992), ou seja, não há uma lista exaustiva dos mesmos (ARANGO, 2014, p.21).

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy (2008, p.444) e Ingo Sarlet, Cordeiro (CORDEIRO, 2012, p.34) considera que os direitos fundamentais se dividem em dois grandes grupos: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações, sendo que este segundo grupo divide-se, ainda, em direitos a prestações em sentido amplo (incluídos aqui os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito. CORDEIRO ressalva que, para ALEXY, a categoria de “direitos a prestações em sentido estrito” se equipara à categoria de “direitos fundamentais sociais”.<sup>2</sup>

A definição de Robert Alexy (2008, p.406) segundo a qual os direitos fundamentais são “posições tão importantes que não podem depender da simples maioria parlamentar” nos parece insuficiente pois é uma definição estritamente formal, não acrescenta conteúdo. Quer dizer, o fato de os direitos a prestações estarem ligados a questões relevantes não os torna, necessariamente, fundamentais. O que importa saber, então, é em que medida eles são, do ponto de vista do direito constitucional, suficientemente importantes para estarem acima da competência do legislador (ALEXY, 2008, p.448).

Rodolfo Arango (2005, p. 31), retomando o próprio Alexy, acrescenta a esta definição formal certas características que partem da consideração dos direitos fundamentais como direitos subjetivos: são estipulados por normas jurídicas; são uma obrigação jurídica de outro,

---

<sup>2</sup> Todavia, a autora discorda de tal equiparação na realidade do Brasil, pois considera que a nossa Constituição abrange direitos fundamentais sociais de dimensão preponderantemente negativa, como o direito de greve e direitos cujos destinatários são particulares, como os direitos dos trabalhadores.

derivada desta norma; são uma faculdade jurídica para o alcance de interesses próprios reconhecidos ao sujeito - ou seja, constituem uma posição jurídica (2005, p. 8).<sup>3</sup>

ARANGO (2005, p.34) retoma o conceito de “normas adscritas”<sup>4</sup> de Alexy e acrescenta que não só direitos expressos são fundamentais, mas também os direitos derivados da interpretação, como se verifica no caso do mínimo existencial, que será tratado mais adiante, em capítulo específico, neste trabalho.

Em sua definição de “direitos fundamentais sociais”, ARANGO (2005, p.37) segue a linha de pensamento alexyana ao afirmar que tais direitos são direitos prestacionais em sentido estrito, o que significa que se trata de direitos positivos a ações positivas do Estado.

Além disso, o autor observa três planos nos quais se reflete a estrutura dos direitos fundamentais sociais: o plano do titular do direito, de seu objeto e de sua justificação. No primeiro plano citado, todos os indivíduos são considerados portadores de direitos fundamentais sociais, embora sejam considerados obrigados somente os Estados democráticos modernos. Já no plano do objeto dos direitos fundamentais sociais, estes são considerados como direitos constitucionais a uma situação fática que pode ser alcançada através de prestações do Estado. Finalmente, no plano da justificação (também chamado “plano da fundamentação filosófica”), os direitos fundamentais sociais são tratados como direitos humanos cujo caráter ideal (validade moral) foi fortalecido mediante sua positivação (validade jurídica).<sup>5</sup>

Ao tratar dos direitos a prestações enquanto direitos subjetivos, Alexy (2008, p.445-446) considera-os como relações triádicas entre o titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Assim, se o titular do direito fundamental *a* possui um direito em face do Estado (*s*) no sentido de que o Estado concretize a ação positiva *h*, logo, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*. Desta forma, sempre que configurada uma relação constitucional desta espécie, entre um titular do direito fundamental e o Estado, o titular é detentor da competência de exigir judicialmente esse direito.

---

<sup>3</sup> Neste ponto, devemos esclarecer que o direito subjetivo é a faculdade do sujeito protegida pelo direito de arguir. Já a posição jurídica está relacionada à relação com o outro, vai além da esfera do indivíduo.

<sup>4</sup> Os direitos adscritos (ou normas de direitos fundamentais *atribuídas* ou *indiretamente fundamentadas* na Constituição) são fundamentais quando as normas correspondentes possuem relação de precisão e de fundamentação (segundo as regras da argumentação) com o texto das normas expressas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p.69-76)

<sup>5</sup> Segundo o autor, temos, como consequência direta disto, a generalidade e a indeterminação dos direitos fundamentais sociais – que dependem do contexto histórico, econômico e social do país - em contraste com a universalidade e a abstração dos direitos sociais humanos.

ARANGO (2005, p.55-57) afirma que, em relação ao portador e ao obrigado do direito, a estrutura dos direitos fundamentais sociais admite quatro possibilidades: a) um direito do indivíduo de exigir do Estado uma ação positiva fática; b) o direito de um grupo de exigir do Estado uma ação positiva fática; c) um direito do indivíduo de exigir de particulares uma ação positiva fática; d) o direito de um grupo de exigir de particulares uma ação positiva fática.

Já em relação ao objeto dos direitos fundamentais sociais, ARANGO (2005, p.107-109) considera que o objeto do direito fundamental é coincidente com o objeto da norma jurídica, que por sua vez se equipara ao objeto da obrigação jurídica.

Assim, o objeto de um direito fundamental consiste naquelas ações ou omissões de outrem que constituem o conteúdo de uma norma de direito fundamental – e da obrigação jurídica fundamental – e cujo cumprimento é necessário para a realização do direito.

Todavia, destaca que o objeto dos direitos fundamentais sociais só pode compreender ações positivas do Estado. As ações positivas jurídicas e as ações negativas do Estado estão descartadas como objeto dos direitos fundamentais sociais.

### **1.1 Questionamentos acerca da fundamentalidade dos direitos sociais**

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn não menciona expressamente os direitos fundamentais sociais, com exceção do direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade – art.6º, p.4º - Constituição alemã (ALEXY, 2008, p.434-435). Todavia, Alexy considera os direitos sociais como direitos adscritos às normas de direitos fundamentais expressamente previstas. Sendo assim, os direitos sociais são considerados pelo autor como fundamentais e subjetivos (ALEXY, 2008, p.433-450).

Isto porque Alexy identifica na Constituição alemã alguns “pontos de apoio” para uma interpretação a favor dos direitos a prestações, como a proteção da dignidade humana – art.1º, p.1º, 2, da Constituição alemã- e a cláusula do Estado Social - art. 20, p.1º, e art.28, p.1º, 1 (ALEXY, 2008, p.435).

Além disso, a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha contribuiu para este entendimento a partir de decisões importantes, como a *numerus clausus*. Nessa decisão, o tribunal difere entre o direito à participação nas instituições de ensino existentes e um direito à criação de novas vagas universitárias. O caso tratava do direito de acesso ao ensino superior (mais especificamente, à faculdade de medicina) e o Tribunal entendeu que a prestação social não está limitada apenas pela disponibilidade financeira, mas,

também, ao que razoavelmente o indivíduo pode esperar da comunidade. Além disso, ficou evidente a necessidade de compatibilizar a realização do direito com os interesses da coletividade, tendo em vista o princípio do Estado Social. Todavia, é também dever do Estado demonstrar que o número de vagas disponíveis no ensino superior é correspondente ao máximo possível (CORDEIRO, 2012,p.181).

Ao lado de uma concepção formal dos direitos fundamentais sociais, Alexy menciona também uma concepção substancial, determinada pelo conceito de dignidade humana. Como destaca o autor, é impossível derivar enunciados concretos de direitos fundamentais apenas da concepção básica formal ou apenas da substancial, ou de uma mera conexão entre ambas. O preenchimento de ambas as concepções é resultado de uma argumentação jurídico-constitucional substancial. Tendo isto em consideração, o autor elabora o seguinte enunciado geral sobre os direitos a prestações (ALEXY, 2008, p.450):

Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

Na contramão de Alexy, Lobo Torres (TORRES, 2009, P.271) entende que os direitos sociais, no Brasil, não podem ser considerados direitos fundamentais e, portanto, não geram prestações obrigatórias e gratuitas. Seriam, portanto, meras diretivas para o Estado, dependendo da concessão do legislador, subordinando-se à ideia de justiça social e o argumento da reserva do possível. Ademais, o autor se utiliza, ainda, de um argumento topográfico: a CF/88 abre, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o capítulo II, que disciplina os direitos sociais (art.6º a 11). Todavia, separa-os dos direitos individuais e coletivos, de que trata o capítulo I (art.5º).

Torres destaca que a jusfundamentalidade dos direitos sociais só se confirma quando estes correspondem ao mínimo existencial, ou seja, quando tratam da proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos (aqui incluídos *todos* os indivíduos) e também quando tratam da proteção positiva correspondente à entrega de prestações materiais pelo Estado em favor dos *pobres*. Desta forma, os direitos sociais que extrapolam o conteúdo do mínimo existencial não são considerados, pelo autor, como fundamentais, devendo ser obtidos através da uma cidadania reivindicatória e das previsões orçamentárias, com base no processo democrático (TORRES, 2009, p.41).

O argumento do autor, ao longo de sua obra (TORRES, 2009), desenvolve-se no sentido de que um número excessivo de prestações demandadas do Estado, especialmente

pela classe média e pela classe mais abastada, deriva de uma confusão entre direitos fundamentais e sociais e, como consequência, inviabiliza a eficácia do mínimo existencial – já que o Estado, indevidamente (na opinião do autor), é obrigado a destinar recursos em excesso (e muitas vezes não previstos no orçamento) para responder a demandas judiciais que exigem prestações de direitos sociais que vão para *além* do mínimo existencial.

Importa destacar que, ao lado de autores como Robert Alexy (2008), Ingo Sarlet (2009) e Karine Cordeiro (2012), discordamos de Torres (2009) já no momento da diferenciação entre direitos fundamentais e sociais por entendermos que *todos* os direitos sociais são dotados de jusfundamentalidade, embora isto não signifique que correspondam, em sua totalidade, ao mínimo existencial. O mínimo existencial, a nosso ver, corresponderá ao núcleo essencial, ao conteúdo mínimo de *alguns* dos direitos fundamentais sociais.

Outro ponto em que nos permitimos discordar diz respeito ao entendimento de Lobo Torres no sentido de que o mínimo existencial deve ser garantido sem contraprestação financeira somente aos pobres e indigentes. Justamente pelo caráter de direito fundamental conferido ao mínimo, este deve ser fornecido pelo Estado a *todos* os indivíduos. O que evitaria abusos e tornaria isto viável seria justamente *delimitar* quais direitos fundamentais sociais correspondem ao mínimo e qual o núcleo, qual a *proporção mínima* destes direitos que deve ser oferecida na forma de prestações.

Concordamos com o autor em suas críticas à judicialização excessiva (TORRES, 2009, p. 129), principalmente quando referentes a prestações que extrapolam a razoabilidade entre a satisfação de um interesse individual e a interferência no interesse coletivo. Todavia, isto não significa que, uma vez considerado o patamar mínimo de condições materiais (correspondente ao mínimo existencial), ele deva ser condicionado a pagamento a ser feito pelo indivíduo, uma vez que se trata de obrigação do Estado o seu fornecimento a todos, independentemente de classe social.

Karine Cordeiro (CORDEIRO, 2012, p.33) discorda de Lobo Torres e permanece na esteira de Alexy ao afirmar que a não consideração dos direitos sociais como fundamentais é incompatível com a CF/88, visto que a Carta Maior optou por conferir aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais. A autora adota o conceito formulado por Ingo Sarlet (SARLET, 2009, p.77), que parte da constatação de que a lei brasileira parte de um conceito unitário e abrangente de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional

positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade em sentido formal), bem como as que por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Na Colômbia, Arango destaca que o argumento topográfico também atrapalhava o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais: a CP/91 divide em capítulos diferentes os direitos civis e políticos e os direitos sociais. Enquanto os primeiros são encontrados abaixo do título “direitos fundamentais”, os direitos sociais ficam em capítulo diverso, carecendo, a princípio, de caráter fundamental e dependendo da progressiva aplicação legislativa. Foi assim que a própria Corte Constitucional colombiana, nos primeiros anos da CP/91, somente reconheceu a fundamentalidade dos direitos sociais mediante a tese da conexão. Segundo esta tese, somente os direitos sociais que possuíssem conexão com os “verdadeiros” direitos fundamentais em um caso concreto adquiriam o caráter de direitos fundamentais sociais. Um exemplo seria o direito à saúde, facilmente “conectado” ao direito à vida (ARANGO, 2014, p.21).

Neste sentido, se posicionam NOGUERA-FERNÁNDEZ e CRIADO DE DIEGO (2011, p.31): para os autores, os direitos sociais não são considerados fundamentais na Colômbia e, por isso, não possuem aplicabilidade imediata. A justificativa seria justamente a questão topográfica: na CP/91, dentro do Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, os direitos individuais e políticos estão previstos no Capítulo I “De los derechos fundamentales”, enquanto os direitos sociais estão em um capítulo separado, o Capítulo II “De los derechos sociales, económicos y culturales.”<sup>6</sup>

Todavia, mais recentemente, a Corte Constitucional colombiana tem reconhecido alguns direitos sociais como fundamentais de forma autônoma: direito ao mínimo existencial

---

<sup>6</sup> Os autores esclarecem, no entanto, que, no caso da CP/91, o art. 85 estabelece a aplicação imediata dos direitos previstos nos artigos 11 a 34, 37 e 40, ou seja, quase todos os direitos do capítulo I (direitos fundamentais), estando excluídos deste princípio os direitos sociais do capítulo II. Os direitos sociais são direitos de livre configuração legislativa. Outro aspecto importante é que o art.86 restringe as causas pelas quais se pode interpor ação de tutela para a proteção dos direitos fundamentais previstos no capítulo I, mas não para o caso da ameaça a um direito social. Para os autores, as pessoas não poderiam usar a ação de tutela para a proteção de direitos. Todavia, na prática, durante vários anos, a composição progressista da Corte Constitucional vem permitindo que, mediante a estratégia de recontextualizar a violação de direitos sociais em violações de direitos individuais cuja justiciabilidade não está em dúvida, seja admitido o trâmite da tutela e reconhecida a aplicabilidade direta dos direitos sociais.

(como direito inominado<sup>7</sup>, sentença T-426 de 1992); direito à educação (sentença T-202 de 2000); direito à moradia digna (sentença T-1017 de 2007 e C-444 de 2009); direito à seguridade social (sentença T-701 de 2008); direito à saúde (sentença T-760 de 2008) (ARANGO, 2014, p.21).

Entende-se, portanto, neste trabalho, que os direitos sociais são também fundamentais. Tanto pela sua previsão constitucional quanto pelo grau de importância de seu conteúdo, indispensável a uma existência digna. Como será visto no último capítulo, a exemplo do que ocorreu na Alemanha, as Cortes Constitucionais brasileira e colombiana seguiram este entendimento, consolidando o conceito de direitos *fundamentais* sociais.

## 1.2 Ponderação e centro de resistência dos direitos fundamentais sociais

Para Alexy, os direitos fundamentais devem ser tratados como princípios, ou seja, normas que serão concretizadas na maior extensão possível (ALEXY, 2003, p.132), estando sujeitas à possibilidade de conflito no caso concreto e devendo ser aplicadas por ponderação. Os direitos fundamentais sociais, portanto, estão submetidos à ponderação. Resta saber se o conteúdo *essencial* dos direitos fundamentais sociais (mínimo existencial) também se sujeita à técnica, como será visto mais a frente.

A importância da efetivação dos direitos fundamentais, para o autor, relaciona-se a um argumento baseado na *liberdade*: a liberdade jurídica demanda também uma liberdade *fática* ou *real*, que depende, em grande medida, das atividades estatais e das prestações a elas vinculadas (Id., 2008, p. 433).

Ou seja, sem a concretização de uma parcela mínima dos direitos fundamentais, não há como dizer que existe liberdade fática, da qual depende o desenvolvimento livre da personalidade do indivíduo e da sua dignidade (Id., 2008, p. 428).

Além disso, só é possível que o indivíduo desenvolva sua autonomia de forma plena quando inserido em um Estado constitucional e democrático, no qual os direitos humanos tenham sido positivados na Constituição na forma de direitos fundamentais. Estão conectadas, portanto, a garantia da autonomia individual e o direito de liberdade geral, de maneira que todos possuem o direito de julgar livremente o que consideram conveniente e positivo e, assim, agir em consonância com este julgamento (ALEXY, 1995, p.115).

---

<sup>7</sup> Direito inominado, na Colômbia, é aquele direito dotado de caráter fundamental, ainda que não expresso na Constituição. Trata-se de conceito semelhante ao conceito de norma adscrita, de Alexy.

O exercício da liberdade fática está relacionado à concretização do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais daí decorrentes. Todavia, há uma série de limitações fáticas que deverão ser ponderadas em relação ao princípio da dignidade humana e aos direitos fundamentais para que então se delimite qual o conteúdo mínimo a ser concretizado no caso concreto.

Segundo a lei de ponderação elaborada por Alexy, será verificado, no caso concreto: i) qual a importância de satisfazer um princípio; ii) qual o grau de interferência no princípio conflitante; iii) qual o grau de importância de satisfazer aquele princípio que justifica a interferência no outro. Para tanto, de acordo com as circunstâncias observadas no caso, são feitos julgamentos racionais e argumentativamente estruturados sobre qual princípio deve prevalecer. Tais julgamentos levam em conta uma escala de valores desenvolvida por Alexy: as interferências e a importância de satisfação dos princípios são classificadas como “leves”, “moderadas” ou “graves” (ALEXY, 2006, p.25), tendo como parâmetro a própria Constituição e sua pretensão de correção (TOLEDO, 2013, p.84)

Todavia, uma das críticas levantadas por Habermas ao método da ponderação diz respeito ao fato de que esta diminuiria os direitos fundamentais ao nível de valores ou políticas infinitamente negociáveis, o que além de causar uma perda de normatividade, daria espaço para que qualquer razão assumisse o caráter argumentativo, tornando a ponderação arbitrária (TOLEDO, 2013, p.83). Desta forma, os direitos fundamentais estariam desprotegidos e poderiam perder eficácia.

Alexy rebate a crítica ao afirmar que juízos sobre graus de intensidade são *razões fundamentadas em bons argumentos* e levantam uma pretensão de correção, o que deixa claro que a ponderação não é arbitrária, exigindo justificação (ALEXY, 2003, p.139). Ademais, diante de uma violação extremamente grave a um direito, alcança-se uma área em que as interferências neste direito dificilmente são justificáveis, pois isto exige razões e fundamentos cada vez mais fortes. Ou seja, os direitos fundamentais ganham proporcionalmente em força à medida que a intensidade das interferências cresce, caracterizando um núcleo essencial que serve como um *centro de resistência* (ALEXY, 2003, p.140). Os direitos fundamentais adquirem, portanto, um peso crescente a partir do aumento exagerado no grau de interferência, construindo-se uma barreira de proteção durante a ponderação (ALEXY, 2006, p.28).

### 1.3 A ideia de núcleo essencial em direitos fundamentais sociais:

Quando se fala em “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, faz-se referência à delimitação da parcela de seu conteúdo que não é passível de sofrer restrições, constituindo direito subjetivo. 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 (TORRES, 2009, p.84, 89 e 94). Por isso entendemos que, ao contrário do que afirma CORDEIRO (2012, p.111), há uma identificação, uma equivalência entre o *mínimo existencial* e o conteúdo dos *direitos fundamentais sociais mínimos*.

Segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental possui *a priori* um núcleo intangível, em que não há intervenção, em nenhuma hipótese. Já a teoria relativa defende que o núcleo essencial é identificado por via de ponderação no caso concreto, levando em conta os princípios e interesses em conflito (ALEXY, 2008, p. 296).

Segundo Alexy (2008), a defesa de um núcleo essencial a partir da própria Constituição gera uma definição *a priori* desse núcleo, o que impede que a remodelação do conteúdo nas inúmeras ponderações que possam surgir nos casos concretos. Já os defensores da teoria absoluta argumentam que a essência da fundamentalidade de um direito não deve ficar à disposição da ponderação, sob um juízo instrumental e posterior ao caso concreto. Nos posicionamos ao lado de Alexy, uma vez que acreditamos na possibilidade de novas interpretações baseadas em melhores argumentos, adequados às especificidades dos casos concretos, que podem remodelar o núcleo essencial. Além disso, entendemos que a essência da fundamentalidade do direito não se perde neste processo de ponderação, justamente porque não se trata de procedimento arbitrário e sim pautado pela argumentação, pelos princípios constitucionais e pelos precedentes desenvolvidos pela jurisprudência.

De todo modo, entendemos que as teorias absoluta e relativa convergem para o reconhecimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, pois a primeira permite admitir direitos subjetivos definitivos diretamente da Constituição, enquanto a segunda permite a definição de outros direitos subjetivos a partir da ponderação, diante do caso concreto.

Já as teorias interna e externa estão relacionadas à limitação dos direitos fundamentais e de seu âmbito de proteção. Para a teoria interna dos direitos fundamentais, estes traduzem posições definitivas. A restrição pertence ao direito fundamental, integrando-o. Segundo ela, o termo “restrição” é substituído por “limite”, também chamado “restrições imanentes” (LEIVAS, 2006).

Já a teoria externa entende que a restrição atua sobre o direito fundamental, posteriormente. Segundo esta teoria, a restrição é externa ao direito e os direitos fundamentais traduzem direitos *prima facie*.

Cumpramos ressaltar que direito fundamental completo consiste no conjunto de posições jurídicas asseguradas por uma proteção definitiva ou *prima facie*. Este não é um direito a algo, a uma liberdade, ou competência, mas sim um conjunto delas.

O entendimento predominante é pela impossibilidade de restrições aos direitos fundamentais, na ausência de permissão expressa neste sentido. No entanto, ainda que não esteja expressamente autorizado, caberá sua restrição desde que com base em determinadas justificativas, por exemplo, em caso de colisão de direitos fundamentais, quando for necessária a concordância prática entre os direitos fundamentais envolvidos em conflito, em caso de conflito com um objetivo público.

## 2. Conceito e conteúdo de “mínimo existencial”

Inicialmente, cabe destacar que, entre os autores utilizados nesta obra e a jurisprudência, há um consenso em apontar o mínimo existencial como um conceito intimamente ligado ao conceito de *dignidade* humana.

E sobre a dignidade humana, entendemos que se trata de (CANOTILHO et al., 2013, p.126):

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando [...] um complexo de direitos e deveres fundamentais [...] venham a lhe garantir as **condições existenciais mínimas** para uma vida saudável [...].

Demonstra-se, portanto, a íntima relação entre a concretização de condições fáticas mínimas e a plena realização de uma vida com dignidade. Retomam, portanto, um conceito kantiano de dignidade fundado na autonomia, conceito este utilizado por Alexy.

Isto quer dizer que o ser só é reconhecido como pessoa quando a ele é atribuída autonomia. E só a partir deste reconhecimento como *pessoa* é possível que se viva com dignidade, pois só então o sujeito é titular de direitos humanos (ALEXY, 2014, p. 117-118).

Considerando que todo sistema de direitos nasce justamente da necessidade de regulação da vivência comum, a criação de um catálogo de direitos humanos pode ser justificada com base na preservação da dignidade humana que, segundo Kant, é fundamentada na ideia de autonomia. Como assevera Alexy, considerando que são necessários tanto a forma do direito quanto a garantia da autonomia do particular, podemos dizer que, de modo correspondente ao princípio da autonomia, temos um *direito geral à autonomia*, que é o direito humano mais geral. Segundo o autor, este direito pode ser formulado da seguinte forma: “*cada um tem o direito de apreciar livremente o que é ordenado e o que é bom e de atuar correspondentemente*” (ALEXY, 2010, p.120),

Todavia, Alexy admite que o direito geral à autonomia não pode valer de forma ilimitada, considerando a possibilidade de colisão da autonomia dos diferentes indivíduos. Daí surge a necessidade de um catálogo de direitos que limite, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, a autonomia do particular, tanto em relação a outros particulares quanto em relação a bens coletivos. Segue-se, portanto, que um *direito humano* ou é um caso especial do direito à autonomia – como ocorre nos casos dos direitos de liberdade - ou é um meio necessário para que seja possível atuar de forma autônoma – como, por exemplo, no caso dos

direitos fundamentais sociais e do mínimo existencial (ALEXY, 2010, p.120). Aliás, quando se trata de “mínimo existencial”, fica evidente a relação entre a capacidade de ação autônoma e a dignidade: se o indivíduo não possui condições fáticas mínimas, indispensáveis a sua sobrevivência – como um patamar elementar de saúde, educação e moradia – ou seja, se ele não consegue constituir uma existência digna, como poderá agir de forma realmente livre? Na ausência destes elementos mínimos, a racionalidade do ser humano é fatalmente comprometida pela necessidade de elementos externos, que constituem, inclusive, o mínimo à sua sobrevivência. Resta evidente, portanto, a íntima conexão entre autonomia e dignidade, bem como a relação entre estes conceitos e o conceito de mínimo existencial.

No Brasil, um dos primeiros autores a tratar do mínimo existencial foi Ricardo Lobo Torres. Ao tratar das características da teoria do mínimo existencial, o autor afirma (TORRES, 2009, p.25) que esta teoria é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, pensamento com o qual coadunamos, visto que temos em conta os ensinamentos de Robert Alexy como base para a delimitação do conteúdo do mínimo. Neste sentido, Lobo Torres, e também este trabalho, orienta-se por uma preocupação com a concretização, a eficácia e a validade do mínimo existencial, considerando como pano de fundo a íntima ligação de tais aspectos com a moral – já que temos também como pressuposto que os direitos fundamentais estão vinculados aos princípios morais, assim como disposto na tese da dupla natureza do direito de Alexy.

O conceito de mínimo existencial de Lobo Torres corresponde ao direito às condições mínimas de existência humana digna que não podem ser objeto de intervenção do Estado através de tributação e que, além disso, ainda exige prestações estatais positivas. Segundo o entendimento do autor, há a previsão expressa do mínimo existencial na forma sinônima “mínimos sociais” prevista na lei 8742/93. (TORRES, 2009, p.35).

Há, portanto, um direito às condições mínimas de existência humana *digna*, o qual não pode ser submetido à tributação do Estado (ou seja, constitui imunidade) e, além disso, demanda prestações estatais positivas (TORRES, 2009, p.35). Ou seja, tanto Alexy quanto Torres entendem que o conceito de mínimo existencial está intimamente atrelado ao princípio da dignidade humana e sua efetividade. Da mesma forma, ambos os autores concordam com o caráter prestacional presente no direito ao mínimo, que não é passível de ponderação e é condição necessária para um desenvolvimento autônomo do indivíduo.

Portanto, em consonância com o pensamento de Robert Alexy, Torres entende que, na ausência de um mínimo necessário à existência digna, o homem perde também as condições para o exercício da *liberdade* (Id., 2009, p.36). Não é possível alcançar uma

liberdade fática sem as condições materiais mínimas que constituem os pressupostos para a sua realização.

Assim, embora o mínimo existencial não esteja expressamente previsto na Constituição, ele é encontrado na ideia de liberdade, assim como nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Ademais, esta noção de “mínimo” condicionado à sobrevivência digna também está presente na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios direcionados aos cidadãos (Id., 2009, p.36).

Enquanto direito subjetivo, o mínimo existencial pode ser demandado judicialmente, ou seja, o indivíduo pode recorrer ao judiciário para exigir as devidas prestações do Estado (TORRES, 2009, p. 39).

Robert Alexy enfatiza o caráter *subjetivo* do mínimo existencial quando, ao falar dos direitos fundamentais sociais e caracterizá-los como direitos prestacionais, refere-se ao mínimo existencial como a parcela dos direitos fundamentais sociais que exige proteção mais intensa, uma vez que esta parcela diz respeito a normas *vinculantes* que tratam de direitos *subjetivos definitivos a prestações* (ALEXY, 2008, p. 500).

Segundo Torres, o direito ao mínimo existencial é encontrado na Constituição Federal de 1988, nas leis complementares e em inúmeras leis ordinárias. O autor nomeia os seguintes direitos como aqueles que compõem positivamente o mínimo existencial: direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica (TORRES, 2009, p. 244).

Desta forma, podemos observar que Torres vai um pouco além de Alexy, ampliando o conteúdo do mínimo para além do direito à saúde, à moradia e à educação. Ou seja, ao incluir a seguridade social como um todo, Torres faz referência, além da saúde, também à previdência e à assistência social, nos termos do art. 194, da CF/88.

No que diz respeito à educação, Torres reforça o art.208 da CF/88, segundo o qual o dever do Estado de oferecer educação de forma gratuita será efetivado mediante a garantia de *ensino fundamental gratuito*, com a progressiva universalização do ensino médio gratuito (TORRES, 2009, p.267). Ou seja, considerando o artigo em questão e a realidade social do país, o mínimo existencial brasileiro, quando relativo ao direito à educação, seria estendido apenas até o ensino fundamental.

Sendo assim, Torres critica a gratuidade do ensino superior no Brasil (TORRES, 2009, p. 236), uma vez que considera a insuficiência de recursos orçamentários para tanto, o que teria resultado em uma acumulação de verbas nas universidades públicas e uma diminuição neste sentido para a escola primária – que deveria ser a prioridade no contexto

social do país. Além disso, este desequilíbrio teria gerado uma concentração da classe rica nas universidades, enquanto as classes desfavorecidas, reais destinatárias do direito ao acesso gratuito à educação (principalmente quando ele extrapola o ensino fundamental) são submetidas a um ensino primário sucateado.

No tocante ao direito à moradia, Torres diferencia duas situações, seguindo seu entendimento de que existem *direitos sociais* e *direitos fundamentais sociais*. Em se tratando de indigentes e pessoas sem-teto, a moradia é, para o autor, direito dotado de jusfundamentalidade, ou seja, integra o mínimo existencial. Já as moradias populares ou a habitação para a classe média são direitos sociais, apenas, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias (TORRES, 2009, p. 268).

Quando trata do direito à saúde, Torres entende que ele compreende duas faces: é fundamental, quando correspondente ao mínimo existencial, e social, quando extrapola essa essência mínima (TORRES, 2009, p. 245).

Desta forma, as condições *mínimas* de saúde devem ser oferecidas de forma gratuita, enquanto o âmbito do direito à saúde que corresponde a direito social (despido de jusfundamentalidade) deve ser custeado por meio de contribuições. Além disso, Torres relaciona o *mínimo* de saúde às atividades *preventivas*, que geram o direito ao atendimento integral e gratuito (ex.: campanhas de vacinação, combate às epidemias, erradicação de doenças endêmicas), beneficiando todos os indivíduos, de todas as classes sociais, em igual medida e sem a exigência de qualquer tipo de pagamento. Já a medicina *curativa* e o atendimento nos hospitais públicos deveriam ser remunerados através do pagamento de *contribuições* ao sistema de seguridade social, **exceto** quando direcionada a indigentes e pobres, pois estes seriam os únicos beneficiados por um direito ao mínimo de saúde sem qualquer contraprestação financeira (TORRES, 2009, p. 245).

Por fim, no que diz respeito ao direito à assistência jurídica, o art.5º, LXXIV, da CF/88 estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita **aos que comprovem insuficiência de recursos.**” Assim, tal direito constitui o mínimo existencial tanto sob a forma de imunidade tributária quanto através da proteção positiva exercida, especialmente, através das Defensorias Públicas (TORRES, 2009, p.269).

Já Barroso (2013, p.166) fornece um conceito de mínimo existencial um pouco mais abstrato: para o autor, o mínimo corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público.

O Projeto de Lei nº 8.058/14, de autoria do deputado federal Paulo Teixeira, institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Segundo o art. 7º previsto no Projeto, é considerado como o mínimo existencial, “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.”

Embora seja de extrema relevância um reconhecimento expresso do direito ao mínimo, facilitando sua delimitação e justiciabilidade, bem como estabelecendo seu vínculo ao princípio da dignidade humana, criticamos um ponto no conceito estabelecido pelo Projeto de Lei: o mínimo existencial não se trata do núcleo essencial de *todo e qualquer* direito fundamental social. O mínimo existencial corresponde apenas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, ao núcleo essencial dos direitos à moradia, à saúde e à educação.

Voltaremos a tratar deste Projeto de Lei no capítulo sobre justiciabilidade, pois acreditamos que ele fornece alguns caminhos neste sentido.

Na Colômbia, o direito ao mínimo existencial é um direito de criação jurisprudencial (SOTELO, 2000, p.21-22). Foi a sentença **T-426/1992** que criou este direito na Colômbia e assim o definiu:

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia este puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir.

Todavia, na decisão de unificação<sup>8</sup> SU-022 de 1998 (MP Carlos Gaviria), a Sala Plena da Corte estabeleceu que o direito ao mínimo vital compreende o direito que uma pessoa de

---

<sup>8</sup> Neste ponto, é preciso realizar alguns esclarecimentos sobre o funcionamento da Corte Constitucional colombiana. Em relação à composição da Corte: nove juízes integram a Corte Constitucional da Colômbia. O Tribunal profere três tipos de sentenças: i) “T” corresponde à sentença de tutela, proferida por uma “seção de tutela” (Sala de Revisión de Sentencias de Tutela), composta por três magistrados. A Corte conta, portanto, com três “seções de tutela”; ii) “C” corresponde à sentença de constitucionalidade, que é proferida pelos nove magistrados em conjunto (plenário da Corte); iii) “SU” corresponde à sentença de unificação, que é um tipo de sentença advinda de tutelas decididas pelo plenário da Corte (9 juízes) dada a sua relevância e importância na unificação de critérios jurisprudenciais. Ressalte-se que apenas um dos juízes do tribunal estará encarregado de elaborar “o projeto de sentença”. Ou seja, só um juiz prepara o conteúdo da decisão a ser, posteriormente, debatida com demais membros da corte ou seção. Todavia, não existe nenhuma possibilidade de apenas um juiz da corte decidir algum caso.

poucos recursos e uma pessoa da terceira idade recebam, em sua totalidade, suas pensões (SOTELO, 2000, p.22).

Assim, ao contrário da linha jurisprudencial conservadora anteriormente mencionada, uma linha jurisprudencial mais progressiva, agora considerada, entende que, diante da ausência de regulamentação legal, o juiz de tutela pode, excepcionalmente, derivar direitos prestacionais a favor dos cidadãos quando se dá um atentado grave contra a dignidade humana de pessoas pertencentes a setores vulneráveis da população e o Estado, podendo fazê-lo, deixa de fornecer o apoio material mínimo (SOTELO, 2000, p.23).

Segundo BONILLA (2011, p.62-63), O conceito de mínimo que a jurisprudência colombiana adota enfoca dois pontos de vista. O primeiro deles seria enquanto direito fundamental, como disposto na decisão T-384 de 1993 , em que a Corte Constitucional colombiana entende o mínimo existencial como um direito fundamental inominado (ou seja, não exposto na Constituição, mas estabelecido por conexão com outros direitos fundamentais), mas sem maiores especificações, atribuindo a este direito um caráter indeterminado dentro do contexto de violação de direitos fundamentais conexos.

Já um segundo entendimento seria do direito ao mínimo existencial como correspondente ao direito a condições materiais em si mesmas (como ocorre na sentença T-426 de 1992): “El derecho al mínimo vital entendido como la garantía de “un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna”. A decisão T-597 de 1993 também trata de condições materiais para a concretização do mínimo existencial: “el mínimo vital es catalogado no como derecho sino como condiciones materiales garantizadas” (BONILLA, 2011, p.63). Vale destacar que esse não é o conceito usado no Brasil, pois o mínimo não é condição material, é um conceito abstrato.

Como será comprovado em capítulo posterior deste trabalho, a autora considera que, na Colômbia, casos clássicos de violação do direito ao mínimo existencial são os que envolvem mora no pagamento de pensões nos casos de aposentadoria ou velhice; invalidez; reconhecimento de pensão; liquidação de pensão. No que diz respeito aos salários, a autora esclarece que a Corte tem em conta que a simples mora no pagamento que impeça a subsistência do indivíduo, como único meio, concretiza violação ao mínimo existencial. (BONILLA, 2011, p.65).

No que diz respeito ao direito à saúde, Bonilla afirma que são três as situações que a Corte Constitucional colombiana confere a tutela de medicamentos como parte do mínimo existencial (BONILLA, 2011, p.65-66): 1) no caso de um medicamento excluído del POS (Plano Obrigatório de Saúde) quando não possa ser substituído, ou quando a substituição afete

o mínimo existencial; 2) quando o POS não contempla tratamento e nem exames no exterior, mas não fazê-lo afeta o mínimo existencial; 3) para dar o medicamento a uma pessoa com AIDS quando este medicamento não for oferecido pelo POS.

Bonilla destaca que, a partir do precedente criado em 1997, houve grande incremento do número de casos levados ao judiciário e, com isso, um questionamento acerca do alcance do mínimo e uma discussão acerca do que podem ordenar os juízes e quando se excedem.

Por outro lado, propõe-se também uma ampliação do art.94 da Constituição colombiana, que compreende os direitos fundamentais inominados, para que seja possível reconhecer diretamente o mínimo existencial nos casos concretos (BONILLA, 2011, p.67-68).

## 2.1 Ponderação e mínimo existencial

Os direitos fundamentais possuem tanto a função de proteger o indivíduo contra o Estado (aspecto negativo) quanto a de estabelecer o direito a ações positivas do Estado, ou seja, prestações estatais em sentido amplo (ALEXY, 2008, p.433). Dentro deste segundo grupo, encontram-se os *direitos à prestação em sentido estrito* (ou direitos fundamentais sociais): estes são direitos do indivíduo, em relação ao Estado, no sentido de obter algum tipo de prestação que, caso fosse dotado de condições financeiras suficientes, o indivíduo poderia obter também de particulares (ALEXY, 2008, p. 499).

Os direitos fundamentais sociais podem ser diferenciados com base em três critérios, do ponto de vista lógico: i) podem se tratar de normas garantidoras de direitos *subjetivos* ou *objetivos*; ii) podem ser normas vinculantes ou não vinculantes (sendo enunciados programáticos, no último caso); iii) podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, regras ou princípios (ALEXY, 2008, p. 500). Sendo assim, a proteção mais forte diz respeito às normas vinculantes que garantem *direitos subjetivos definitivos* a prestações, enquanto a proteção mais fraca relaciona-se às normas não vinculantes que tratam somente de um dever estatal objetivo *prima facie* à concretização de prestações (Id., 2008, p.501).

Os casos de proteção forte são justamente os que se referem ao direito a um mínimo existencial (Id., 2008, p.502). Ou seja, o direito ao mínimo existencial é o único direito definitivo *a priori*, assumindo o caráter de regra (direito definitivo), não estando sujeito à ponderação. Portanto, embora os direitos fundamentais sociais sejam ponderáveis, quando se trata de seu âmbito *mínimo* de efetivação (correspondente à proteção forte na escala de Alexy,

ou seja, ao valor “1”, considerando que tal escala varia de 1 a 8 – da proteção mais forte à mais fraca), não há que se falar em ponderação.

A ponderação só se aplica de forma preliminar, ou seja, quando a questão é definir qual o grau mínimo do conteúdo dos direitos fundamentais sociais aos quais o indivíduo possui, definitivamente, direito no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 512). Neste caso, a ponderação entre princípios ocorre de maneira a se *extrair* dos direitos fundamentais sociais de modo geral (direitos *prima facie*) o **conteúdo mínimo** dos direitos fundamentais sociais, o que significa delimitar um mínimo existencial (que, uma vez determinado, constitui regra).

Desta forma, para que seja possível delimitar o grau mínimo, realiza-se uma ponderação entre os princípios da liberdade e igualdade fáticas, de um lado, e os princípios da democracia e da separação de poderes, de outro – considerando que os últimos são princípios formais, usualmente mencionados quando se critica a judicialização dos direitos fundamentais sociais. Portanto, diante do caso concreto, a ponderação ocorre entre os princípios *materiais*, ou seja, entre os princípios relativos à liberdade jurídica de terceiros, a interesses coletivos e a outros direitos fundamentais sociais, que também podem pesar contra o mínimo (Id., 2008, p.512).

De maneira geral, um direito à prestação é definitivamente garantido quando: i) o princípio da liberdade fática o exige; ii) os princípios formais da separação de poderes e o princípio democrático, assim como os princípios materiais colidentes (de modo especial os que se referem à liberdade jurídica alheia) forem afetados em uma proporção pequena em relação à garantia constitucional referente à prestação. Quando se trata de direitos fundamentais sociais mínimos, estas condições devem ser necessariamente satisfeitas. E, neste sentido, Alexy DEFINE como o mínimo existencial o direito a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um nível mínimo de assistência médica (ALEXY, 2008, p.512).

Todavia, vale destacar que o núcleo essencial referente a um direito fundamental social irá variar de acordo com o contexto histórico, social e econômico dos países, de modo que no Brasil, por exemplo, quando se fala em uma prestação mínima no âmbito educacional, não se pode exigir do Estado brasileiro o mesmo tipo de prestação que se exige do governo alemão.

Cabe ainda realizar uma outra ressalva: a delimitação desse mínimo a ser prestado pelo Estado não significa, em absoluto, que a obrigação estatal se esgote neste patamar. Significa, apenas, que o mínimo existencial gera a pretensão às prestações positivas

obrigatórias do Estado – o que inclui, por esta mesma razão, a possibilidade de arguição inclusive pela jurisdição constitucional (TORRES, 2009, p. 242).

Portanto, considerando que o processo histórico e as consequentes melhorias nas condições sociais e econômicas do país podem alterar o contexto em que os direitos fundamentais sociais são exigíveis, é evidente que, neste caso, deve ser também elevado o patamar mínimo de concretização destes direitos.

## **2.2 Do direito à educação: Brasil e Colômbia**

O artigo 208 da Constituição brasileira estipula como dever do Estado a garantia da educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, inclusive assegurando-a àqueles que a ela não tiveram acesso na idade apropriada (BRASIL, 1988). Este artigo garante, ainda, a progressiva universalização do ensino médio gratuito e o atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais (artigo 208, II e III, CF). Além disso, dispõe o artigo 208 acerca da educação infantil, que se realizará em creches e pré-escolas, para as crianças de até cinco anos de idade.

A Lei nº 9.394/96, denominada “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (LDB) regulamenta todo o sistema educacional do país, tanto reiterando aquilo que já fora disciplinado pela Constituição Federal em linhas gerais, quanto regulamentando de maneira mais detalhada outras matérias.

O artigo 21 da LDB assevera que a educação escolar compõe-se de educação básica (formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e educação superior (BRASIL, 1996). Em suma, prevê a LDB ser a educação infantil 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 (BRASIL, 1996). Quanto ao ensino fundamental, há previsão legal no caput do artigo 5º, da LDB. Já a previsão legal relativa ao ensino médio garante a progressiva extensão da sua obrigatoriedade e gratuidade.

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.

Ademais, o supracitado artigo, reafirma, em seu parágrafo primeiro, ser o acesso ao ensino obrigatório gratuito 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).

Relativamente ao custeio da Educação, nossa Constituição dispõe, em seu o artigo 211, que União, Estados, Distrito Federal e os Municípios o farão através de regime de colaboração.

No ano de 2014, foi aprovado o Plano Nacional de Educação (PNE), o qual prevê a aplicação de 10% do PIB em investimentos neste setor e estabelece metas a serem cumpridas nos próximos dez anos, como a erradicação do analfabetismo, a oferta de educação em tempo integral e o estabelecimento de prazos máximos para alfabetização de crianças.

Cumprе ressaltar que a **educação básica** - formada pelo ensino infantil, fundamental e médio – (artigo 208, CF/88) consiste em um direito público subjetivo. Relativamente à oferta de creches e pré-escolas, segundo o artigo 208, IV, é dever do Estado garanti-las aos educandos até os cinco anos de idade (BRASIL, 1988). Assim, diferentemente da abstração contida no artigo 205, CF, aquele dispositivo assegura um direito subjetivo definitivo. Portanto, não é uma faculdade do Poder Público fornecer creches e pré-escolas às crianças, mas um dever jurídico, passível de exigibilidade. Além disso, da análise da Constituição, depreende-se que a matrícula na educação infantil é um direito da criança e um dever do ente estatal (neste caso, o Município), que se obriga a disponibilizar vagas na rede pública ou, em caso de ausência, em unidade privada de ensino.

Integra o núcleo essencial deste direito o que for substancialmente indispensável à garantia de uma eficácia mínima ao direito à educação, bem como o que for positivado constitucionalmente como direito subjetivo definitivo.

Finalmente, importa destacar, relativamente à universalização do ensino médio para os alunos em idade regular e a universalização para aqueles que não concluíram na idade recomendada, a proposta de Plano Nacional de Educação, que prevê a implementação efetiva de ensino médio universal, *in verbis*: “Meta 3: 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).

Na Constituição colombiana de 1991, o direito à educação está previsto no art.44, dentro do capítulo dos direitos sociais, mas expressamente descrito como direito fundamental das crianças. Já no art.67 da CP/91, está expressamente estabelecida a gratuidade da educação nas instituições do Estado. Além disso, neste mesmo artigo, fica estabelecido que a educação é obrigatória entre os 5 e os 15 anos de idade e, compreenderá, no mínimo, um ano de pré-escolar e nove anos de educação básica.

Segundo TEJEDOR (2011, P.128), não existe educação gratuita na Colômbia, salvo em alguns municípios. O autor afirma ser este o único país da América Latina onde não é fornecida educação primária gratuita.

CARREÑO (2007, p.21) afirma que a Corte Constitucional da Colômbia já declarou que a educação é um direito fundamental de aplicação imediata nas seguintes situações: quando o reclamante é menor de idade (já que a CP/91 explicitamente reconhece a educação como direito fundamental neste caso); quando a violação do direito à educação vincula-se, por conexão, à ameaça de outros direitos fundamentais.

O autor traz uma informação importante sobre a educação colombiana: a obrigação de gratuidade da educação primária não é cumprida e cerca de 60% da população está abaixo da linha de pobreza, de modo que os custos educativos são a principal razão para que não frequentem a escola primária (CARREÑO, 2007, P.38).

### **2.3 Do direito à moradia: Brasil e Colômbia**

Sarlet (2014, p.15) destaca a íntima relação entre o direito à moradia e a dignidade humana. Para o autor, na ausência de um lugar adequado para a própria proteção e de sua família, em que o indivíduo e seus familiares possam desfrutar de privacidade e intimidade, viver com um mínimo de saúde e bem-estar, não há realização da dignidade e, muitas vezes, não há, sequer, a segurança física.

Ao definir o conteúdo do direito à moradia, o primeiro passo do autor consiste em diferenciá-lo do direito de propriedade. O direito à moradia é, portanto, direito fundamental autônomo, dotado de objeto e âmbito de proteção próprios (SARLET, 2014, p.17).

Todavia, é evidente a dificuldade na delimitação do conteúdo deste direito, visto que a própria Constituição brasileira foi omissa neste sentido. Assim, o autor determina que sejamos norteados pelas normas internacionais e, desta forma, cita os elementos básicos elencados pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no tocante ao direito à moradia (SARLET, 2014, p. 19):

- a) segurança jurídica para a posse; b) disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc); c) as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; d) a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade,

notadamente assegurando a segurança física de seus ocupantes; e) acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para portadores de deficiência; f) localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais; g) a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.<sup>9</sup>

No Brasil, a lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) optou pelo estabelecimento de diretrizes e regras de âmbito nacional, privilegiando, todavia, a esfera regional e conferindo especial enfoque ao âmbito local. Isto demonstra que, apesar da necessidade do desenvolvimento de padrões mínimos e referenciais de caráter até mesmo supranacional, é no contexto regional e local que será possível avaliar com maior clareza a manifestação concreta destes critérios e a condição para seu atendimento (SARLET, 2014, p.20).

No que diz respeito ao direito à moradia como um direito à habitação, o autor (SARLET, 2014, p.37) cita i) a criação de linhas de financiamento específico facilitando a aquisição ou construção de residências especialmente para pessoas de baixo poder aquisitivo; ii) o estabelecimento de um sistema de mutirões; iii) a criação de uma rubrica específica na esfera da assistência social destinada a cobrir – em caráter temporário – despesas com habitação (pagamento de aluguéis), nesta hipótese com a vantagem de que com isto estarão sendo estimulados investimentos na construção de habitações, o que reflete no incremento dos níveis de emprego e fomento da economia. No Brasil, há também a possibilidade do usucapião.

No tocante às linhas de financiamento, temos como exemplo de programa habitacional, no Brasil, o programa “Minha casa, minha vida”, lançado em 2009. Este programa é gerido pelo Ministério das Cidades e realizado pela Caixa Econômica Federal, em parceria com os estados e municípios. O objetivo é a construção de unidades habitacionais que são vendidas a famílias cuja renda familiar mensal seja de até R\$ 1600,00<sup>10</sup>. Além disso,

---

<sup>9</sup> Parágrafo 8 do Comentário Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. A síntese citada foi extraída do relatório elaborado por SACHAR, Rajindar, *The Right to Adequate Housing: The realization of economics, social and cultural rights*, relatório apresentado à Comissão de Direitos Humanos da ONU em junho de 1993, p.17-18. Disponível em: < <http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html> >

<sup>10</sup> Valor correspondente a cerca de 583 dólares, em fevereiro de 2015.

o Programa também produz equipamentos públicos de educação e saúde, bem como outros complementares à habitação, vinculados aos empreendimentos contratados (CAIXA, 2014).<sup>11</sup>

Já no que diz respeito ao direito à moradia como um direito a prestações materiais, o autor admite que há, com base na previsão constitucional, um direito subjetivo a prestações fáticas, que pode ser objeto de reconhecimento pelos órgãos do poder judiciário (SARLET, 2014, p.39).

Neste sentido já apontava Alexy (2008, p.494 e ss), ao determinar as condições para o reconhecimento de um direito subjetivo definitivo: i) quando imprescindível ao princípio da liberdade fática; ii) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta (SARLET, 2014, p.39-40).

Na Colômbia, o direito à moradia está previsto no art.51 da CP/91, em que se garante a cada colombiano o direito a uma moradia adequada. Uma decisão paradigmática no campo dos direitos à moradia na Colômbia foi a Sentença T-025/04, na qual foram decididas 105 ações de tutela, todas relacionadas à inadequação ou insuficiência da política pública destinada a lidar com as pessoas deslocadas internamente por força do conflito armado interno<sup>12</sup>. Na decisão, a Corte analisou os argumentos da Administração Pública – problemas orçamentários, restrições relacionadas com as prioridades maiores, etc. –, mas concluiu pela existência de uma obrigação geral do Estado na tomada de ação especificamente em relação àquele universo de desabrigados, com a garantia de um nível mínimo de proteção aos atingidos, e prevenção da regressão em relação às providências já tomadas (VALLE; GOUVÊA, 2014, p.15.)

Mais recentemente, a Corte Constitucional colombiana determinou que o direito à moradia é um direito fundamental que guarda uma relação íntima com o direito à plena realização de uma vida digna<sup>13</sup> (STF). Segundo a Corte Constitucional colombiana, o direito à moradia pode, inclusive, ser protegido através de mandado de segurança, nos casos em que o detentor do direito encontrar-se em situação vulnerável, carecendo de meios para a sua sobrevivência digna. A Corte estabeleceu, ainda, três pressupostos em que se configura este

---

<sup>11</sup> Mais informações disponíveis no site da Caixa Econômica Federal:

[http://www1.caixa.gov.br/gov/gov\\_social/municipal/programas\\_habitacao/pmcmv/](http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/programas_habitacao/pmcmv/)

<sup>12</sup> Aqui, faz-se referência ao *desplazamiento*, fenômeno de deslocamento de populações causado pelo conflito entre a disputa de poder político entre o governo e os grupos armados.

<sup>13</sup> Mais informações sobre esta decisão no portal do STF:

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=224207>

direito: a) quando for configurada a defesa de uma moradia digna; b) quando existir uma reclamação relativa à observância de um direito adquirido de acordo com o desenvolvimento legal e regulatório do tema; c) quando a situação de vulnerabilidade coloca em risco a dignidade.<sup>14</sup>

Todavia, segundo TEJEDOR (2011, p.129), as políticas de moradia na Colômbia se baseiam em critérios de mercado e subsídios. Os subsídios são feitos por meio do sistema financeiro, que coloca barreiras para a população mais pobre.

## 2.4 Do direito à saúde: Brasil e Colômbia

No modelo de Estado Social de Direito, consagrado na Constituição Política colombiana de 1991, a seguridade social e, portanto, a saúde, está consagrada como um direito fundamental (CP, art. 48 e 49). Além disso, como disposto na lei 100/1993, art.2, a saúde é concebida como um serviço público gratuito e essencial. O art. 366 da CP/91 também coloca a saúde como necessidade básica insatisfeita (NBI)<sup>15</sup> da sociedade à qual o Estado deve dar prioridade (MARÍN, 2014, P.35).

A sentença T-312 de 2010, proferida pela Corte Constitucional, estabelece, ainda uma relação entre o direito à saúde e a realização da autonomia do indivíduo: dado que a saúde se concebe como a prestação de um serviço público de caráter essencial, sua prestação vincula Estado e particulares ao dever de promover a capacidade dos indivíduos, de modo que cada um, por si mesmo, possa satisfazer suas próprias aspirações (MARÍN, 2014, p. 37-38).

Logo, pode-se dizer que a saúde pública se relaciona intimamente com a justiça, pois somente mediante a satisfação das necessidades básicas pode-se alcançar um bem-estar geral e uma igualdade de condições materiais de existência das pessoas<sup>16</sup>.

O direito à saúde está expressamente previsto na Constituição colombiana nos art. 44 e 49, constituindo direito fundamental por ser universal, irrenunciável, inerente, essencial para a

---

<sup>14</sup> Tal entendimento pode ser verificado na Sentença T-437/12, em que a Corte protegeu esse direito frente ao governo da cidade de Ibagué, que havia tentado despejar um colombiano deficiente visual e seus dependentes de uma propriedade que estava sendo ocupada por eles desde 1994. O pedido da ordem de despejo foi feito depois de 14 anos e com a justificativa de que o prédio é propriedade pública e, portanto, este cidadão e sua família teriam que sair do local de sua moradia.

<sup>15</sup> NBI é um método recomendado pela CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe), organismo parte da ONU, para identificar carências da população a partir de indicadores como qualidade de moradia, condições sanitárias, acesso à educação e capacidade econômica. (FERES; MANCERO, 2001).

<sup>16</sup> Neste sentido dizem as sentenças da Corte Constitucional C-529 del 23 de junio de 2010, Sentencia C-450 del 4 de octubre de 1995, C-715 del 16 de Julio de 2010

materialização de uma vida digna e com qualidade, e vital para a eficácia real do princípio de igualdade material. (GAÑAN, 2013, p.1)

A Lei 100 de 1993 institui o Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde (SGSSS). Este sistema possui como objetivos os seguintes pontos: regular o serviço público de saúde, criar condições para o acesso de toda a população ao serviço de saúde, cobrir a contingências de enfermidade geral e maternidade de seus afiliados e beneficiários, assim como garantir a todas as pessoas o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto, a referida lei estipulou a implementação de um Plano Obrigatório de Saúde (POS), como um conjunto básico de serviços em saúde para os afiliados e beneficiários de tal sistema ( GAÑAN, 2013, p.2)

Como destaca Marín, este sistema é, em sua maioria, operado por entes privados que devem levar em conta que prestam um serviço público, respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, trata-se de particulares que cumprem uma função pública orientada à satisfação do interesse geral e não à obtenção de vantagens particulares (MARÍN, 2014, p.36).

A paradigmática Sentença T-760 de 2008, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, reconheceu o direito à saúde como um direito fundamental autônomo, embora sentenças posteriores tenham reconhecido tal direito como fundamental apenas por conexão. (GAÑAN, 2013, p.3). Assim, a saúde passa a ser entendida como direito humano fundamental e social, em íntima relação com outros direitos, como a vida, a integridade e a dignidade humana (MARÍN, 2014, p.36-37)

Outra sentença da Corte Constitucional, a Sentença T-881 de 2002, estabelece que, em relação com a dignidade humana, a saúde se traduz como *condição material mínima* necessária de existência para entender-se como vida em condições de dignidade (MARÍN, 2014, p.37).

Em consonância com as sentenças mencionadas, Ganãn entende que, em um Estado Social, os direitos sociais devem transcender os simples enunciados programáticos, tornando-se princípios fundamentais. Princípios fundamentais que serão fins em si mesmos, mas que serão igualmente meios instrumentais para a materialização da liberdade fática. ( GAÑAN, 2013, p.6)

Neste sentido, entende-se que o direito à saúde vincula todos os poderes públicos (art. 4º, Constituição 91), deve ser um direito de aplicação direta por juízes e órgãos administrativos (art. 85, Constituição 91), deve estar dotado da garantia da reserva legal (art.152, Constituição 91) e ser um direito protegido à frente do poder constituinte secundário, na Colômbia (art.377), deve gozar da garantia do núcleo essencial frente ao poder Legislativo

e estar garantido mediante ações de amparo constitucional (art.86 – ex.: ação de tutela<sup>17</sup>) e não poderá ser suspenso durante os estados de exceção (art.214, 2º). (P.15)

Se partimos da concepção do direito à saúde como um direito fundamental, ele é obviamente justiciável, tanto pela jurisdição ordinária trabalhista - a quem se demanda o conhecimento das controvérsias referentes ao sistema de seguridade social integral (art. 2 da lei 712/2001) – quanto pela jurisdição contenciosa administrativa (Decreto 1/1984)– sobre as controvérsias e conflitos jurídicos derivadas do direito à saúde entre as pessoas e entidades que não pertençam ao SSSI, em virtude do artigo 279 da lei 100/1993 – como também pela via da ação de tutela, em forma subsidiária, quando o direito se encontre ameaçado ou vulnerável (art.86, CP/91). (GAÑAN, 2013, p.21)

Sotelo identifica duas posições no reconhecimento da Corte colombiana ao direito à saúde (SOTELO, 2000, p.30).

A posição conservadora seria descrita da seguinte maneira pelo autor: i) sem regulamentação legal prévia, tal direito não pode ser reconhecido como fundamental (apenas como social); ii) com regulamentação legal prévia, será reconhecido como fundamental sempre que a aplicação das normas legais a um caso concreto afete também um direito de primeira geração ou o direito ao mínimo vital<sup>18</sup> (nisso coincide com a progressista) (SOTELO, 2000, p.30).

Já a posição progressista se coloca da seguinte forma: i) o direito à saúde pode ser reconhecido como fundamental ainda que não haja regulamentação legal prévia, sempre que houver omissão injustificada do legislador (do Estado) e se estiver afetando o mínimo vital ou algum direito de primeira geração de pessoas pertencentes a grupos discriminados ou marginalizados; ii) havendo regulamentação legal prévia, mas sendo ela incompleta, pouco clara ou arbitrária à luz da Constituição (violando os direitos fundamentais de primeira

---

<sup>17</sup> Jaime Gañan escreveu sobre a utilização da ação de tutela para a garantia judicial do direito à saúde na Colômbia. O direito à saúde está previsto, na CP/91, nos artigos 44, 48 e 49, enquanto a ação de tutela tem sua previsão no art.86 da Constituição colombiana, nos decretos 2591/91, 306/92 e 1382/2000. A ação de tutela consiste em um procedimento preferencial e sumário com o qual toda pessoa conta para reclamar diante dos juízes, em todo momento e lugar, por si mesma ou por quem atue em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando crê que estes resultam vulneráveis ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública ou contra particulares encarregados da prestação de um serviço público ou cuja conduta afete grave e diretamente o interesse coletivo, a respeito de quem o solicitante se encontra em estado de subordinação ou indefeso. São destacadas as seguintes características da ação de tutela: procedimento preferencial e sumário; também aplicável nos estados de exceção; se desenvolve de acordo com os princípios da publicidade, economia, celeridade e eficácia. ( GAÑAN, 2014, p.6)

<sup>18</sup> O termo “mínimo vital”, na Colômbia, é utilizado como sinônimo do termo brasileiro “mínimo existencial”.

geração ou o mínimo vital), ou se inaplicará ou se interpretará conforme a Constituição (SOTELO, 2000, p.30).

Segundo TEJEDOR ESTUPIÑÁN (2011, p.124), o modelo da lei 100/1993 retirou a provisão direta de serviços por parte do Estado, introduzindo o Plano Obrigatório de Saúde (POS), subsidiando a quem não pudesse pagar e elegendo as Empresas Prestadoras de Serviços (EPS). Isto acabou tornando a saúde uma mercadoria nas mãos da especulação do capital financeiro, permitindo que o Estado abandonasse a saúde pública e suas instituições.<sup>19</sup>

TEJEDOR (2011, p.125) explica que o sistema de saúde é dividido em 2 regimes principais: um regime contributivo, ligado às possibilidades de emprego e de ingresso que funcionam segundo as leis do mercado, e um regime subsidiado, dirigido a pessoas pobres e que funciona graças ao subsídio estatal. Cada regime tem planos de saúde obrigatórios distintos, tendo o regime subsidiado um plano de benefícios de menor alcance.<sup>20</sup>

O regime contributivo, ao basear-se no emprego formal, gera barreiras de acesso em uma economia com contratos informais e precários; enquanto os trabalhadores informais pagam cerca de 12,5% de sua renda, os formais contribuem com cerca de 4%, e o resto fica a cargo do empregador. Além disso, o pagamento para os trabalhadores informais é o mesmo, independentemente do nível de sua renda, o que mostra uma desigualdade que afeta os trabalhadores com salários baixos, já que, caso percam o emprego, estes trabalhadores perdem também sua afiliação ao regime contributivo ao não contribuírem por 3 meses.

Quanto ao regime subsidiado (SISBEN), em que o atendimento de uma parcela da população mais pobre pelas instituições privadas é subsidiado pelo Estado, sua chamada não é adequada, visto que não incorpora indicadores de qualidade de vida e de pobreza, excluindo tantas pessoas que os cálculos estimam que 47% da população permanece sem nenhum dos dois tipos de asseguração.

No Brasil, Barcellos (2008) traz uma grande contribuição ao refletir sobre em que consistiria o mínimo existencial em matéria de saúde. A autora menciona dois parâmetros capazes de diferenciar as prestações de saúde, como será visto a seguir (BARCELLOS, 2008, p.141).

O primeiro deles refere-se à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela será capaz de proporcionar ao maior número de pessoas, levando-se em conta o universo de pessoas que precisam desse tipo de prestação. Ou seja, seria conferida a

---

<sup>19</sup> Informações complementares em: Villar C. Luis. La Ley100: el fracaso estatal en la salud pública. Revista Deslinde, Revista de CEDETRABAJO. Bogotá, mayo-junio, 2005.

<sup>20</sup> PLATAFORMA COLOMBIANA DE DERECHOS HUMANOS, DEMOCRACIA Y DESARROLLO Y SECRETARÍA TÉCNICA CORPORACIÓN CACTUS. Op. Cit., p. 7.

prioridade à prestação de saúde que, pelo menor custo, atendesse eficazmente o maior número possível de indivíduos - como, por exemplo, acontece nas campanhas de prevenção de epidemias, por meio da vacinação em massa (BARCELLOS, 2008, p.141).

Este primeiro parâmetro, norteado pelo ideal da economicidade, recebe como principal crítica a consagração do critério utilitarista, segundo o qual é justificável o sacrifício de alguns quando, proporcionalmente, tal atitude for revertida em benefício maior para a maioria. Segundo Barcellos, este é um raciocínio que faz sentido a partir de um ponto de vista “puramente majoritário e diante de uma situação inevitável de escassez e escolha, mas não se harmoniza com a ideia de igualdade essencial de todos.” (BARCELLOS, 2008, p.141).

O outro parâmetro sugerido pela autora defende que sejam incluídas, prioritariamente, no mínimo existencial, as prestações de saúde cuja necessidade foi, é ou provavelmente será compartilhada por todos os indivíduos, como ocorre nos seguintes casos: o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal; o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica etc.; o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, entre outras. (BARCELLOS, 2008, p.141).

Assim, o que se estaria assegurando é que todos tivessem o direito subjetivo a um conjunto comum e básico de prestações de saúde, podendo exigí-lo quando não fornecido voluntariamente pelo Estado. (BARCELLOS, 2008, p.142)

A autora destaca, ainda, que este modelo se harmoniza com as quatro prioridades estabelecidas pela própria Constituição no tocante à área da saúde, a saber (BARCELLOS, 2008, p.142): (i) a prestação do serviço de saneamento (arts. 23, IX; 198, II; e 200 IV); (ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, § 1, I); (iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II); (iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II).

Outro parâmetro que Barcellos acredita que poderá ser utilizado pelo Judiciário na matéria e que, portanto, consideramos relevante para consideração neste trabalho, diz respeito às condições mínimas obrigatórias para os planos de saúde, conforme disposto na Lei n. 9.656/98. Em seu art. 12, a lei especifica quatro modelos de planos privados básicos, fixando as condições mínimas que cada qual deverá obrigatoriamente oferecer. Como esclarece Barcellos (2008, p.143):

Os modelos têm as seguintes denominações e seguem apresentados em ordem crescente de abrangência dos serviços oferecidos: (i) atendimento ambulatorial; (ii) internação hospitalar; (iii) atendimento obstétrico; e (iv) atendimento odontológico. As operadoras, naturalmente, poderão oferecer

planos mais amplos e sofisticados; em qualquer caso, entretanto, não poderão oferecer menos do que o fixado em lei.

O plano que trata apenas de atendimento ambulatorial (art. 12, I, da Lei n. 9.656/98) – o mais limitado de todos, note-se – terá de oferecer, obrigatoriamente, nos termos da lei: (i) consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas; (ii) serviços de apoio diagnóstico; e (iii) tratamento e demais procedimentos ambulatoriais.<sup>21</sup>

Por tratar-se de medicina preventiva, Barcellos entende que estas prestações devem ser obrigatoriamente oferecidas pelo Estado. Quer dizer, são prestações exigíveis pelo particular e, portanto, pode o Judiciário ordenar que o sistema público de saúde realize estas prestações gratuitamente. No mesmo sentido, a autora esclarece que também o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão, “com grande proveito para os interesses coletivos e/ou difusos e produzindo um impacto coletivo mais relevante (CF, art. 129, III)”, ir à juízo por conta de tais demandas, ainda que para tanto seja necessária a inclusão obrigatória da despesa no orçamento seguinte. Barcellos também ressalta que as associações, e especialmente as associações de moradores, nos termos da Lei n. 7.347/85, também poderão pleitear as prestações, ou, até mesmo, exigir que a comunidade possa utilizar instituições privadas equivalentes existentes na localidade, enquanto não houver estabelecimento público disponível.

## 2.5 Proposta de conceito e conteúdo de mínimo existencial no Brasil e na Colômbia

É evidente que, ainda que a partir do arcabouço teórico construído a partir de diversos autores, é uma tarefa inviável tentar delimitar *a priori* o conteúdo de um direito ao mínimo existencial, especialmente em duas realidades distintas. Conceituar o mínimo existencial de modo que ele ofereça alguma clareza prática também não é função simples; a intenção é justamente evitar o excesso da abstração que usualmente envolve o emprego indiscriminado de conceitos como o da “dignidade humana”, que terminam por esvaziar sua importância e significado.

Quanto ao conceito, o primeiro ponto que pretendemos destacar é: o mínimo existencial não se trata de um mínimo de sobrevivência. Ou melhor, não se trata *apenas* disso. O mínimo existencial é, portanto, um direito subjetivo que, ao englobar outros determinados direitos fundamentais sociais *mínimos* confere ao seu portador o direito a prestações fáticas. O

---

<sup>21</sup> Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde, 2. ed., 2000, p. 2-3 e 37 e ss.

mínimo existencial é, portanto, uma concretização da dignidade humana em forma de prestações essenciais para uma vida que vá além da mera existência física, corporal, mas uma vida em que o sujeito se percebe reconhecido, inserido, participante do meio social em que vive. O mínimo existencial é também, portanto, o ponto de partida indispensável para o exercício da *liberdade fática*, ou seja, depende desse mínimo de condições reais o exercício de qualquer autonomia e, portanto, a concretude de qualquer outro direito ou dever. Por fim, o mínimo existencial corresponde ao conjunto dos *direitos fundamentais sociais mínimos*.

Quanto ao conteúdo, é preciso lembrar, primeiramente, que este é variável de acordo com o momento histórico, econômico e social do país. A princípio, no início desta pesquisa, acreditávamos na existência de uma maior proximidade entre a realidade social da Colômbia e do Brasil. Todavia, como mencionado nos capítulos sobre o direito à saúde, à educação e à moradia, a realidade colombiana nos parece um pouco mais precária, o que talvez justifique uma diferença na delimitação do conteúdo do mínimo existencial dos dois países. Isto porque priorizamos a aplicabilidade, a viabilidade de um conteúdo adequado à realidade analisada, sendo que, gradualmente, este conteúdo pode ser ampliado, como já foi dito.

Todavia, ressaltamos que, na esteira de Alexy, iniciamos a nossa pesquisa partindo do entendimento segundo o qual o núcleo essencial de apenas três direitos fundamentais sociais seria correspondente ao conteúdo do mínimo existencial quando se considera o *contexto socioeconômico alemão*: o núcleo essencial do direito à educação, do direito à saúde e do direito à moradia. Deixamos de fora direitos procedimentais (como o direito de acesso à justiça) e demais direitos que, a variar pelo autor, foram considerados como parte do mínimo, como o direito ambiental. Isto porque entendemos que, neste momento em que não existe sequer consenso sobre uma definição precisa do conceito, há mais rigor científico e maior ganho social em se priorizar a análise dos três direitos que o nosso marco teórico considera, dentro do contexto alemão por ele analisado, essenciais para uma vida digna. Afinal, sem o mínimo de saúde, o indivíduo não tem condições nem mesmo físicas de exercer sua autonomia e lutar por uma vida com mais dignidade. No que diz respeito à educação, ainda que seja um grau mínimo de instrução, já constitui um ponto de partida para que o sujeito possa se inserir na vida social e estabelecer uma comunicação eficiente com seus pares, além do exercício de sua cidadania e consequente participação na vida política. Já a moradia constitui, por fim, o local em que se desenvolve mais plenamente o exercício da vida digna e autônoma do sujeito, pois é neste ambiente em que ele constrói sua intimidade, o que entende como família, em que realiza, enfim, sua escolha pelo modo que entende como o melhor para se viver.

No Brasil, entendemos que, embora a LDB contenha uma previsão expressa de universalização do ensino médio até 2016, somente o ensino fundamental gratuito é parte do mínimo existencial. As condições precárias da educação brasileira infelizmente nos ensinam que, embora a lei positivada indique no sentido contrário, não oferecemos ainda sequer um ensino básico de qualidade. Ademais, não faria sentido que o nosso mínimo existencial fosse equivalente ao mínimo existencial alemão que, como ensina Alexy, é justamente correspondente ao ensino fundamental, médio e técnico. Na Colômbia, todavia, o contexto social aponta para o fato de que o mínimo de educação seja ainda menor, correspondente ao ensino primário, da primeira à quarta série. Aqui também se verifica o caso em que a realidade fala mais alto que a lei, a qual prevê a gratuidade de todo o ensino fundamental-art.61 da Colômbia.

Quanto ao direito à saúde, nos posicionamos ao lado de Barcellos, pois entendemos que os parâmetros oferecidos pela autora são aplicáveis tanto no Brasil quanto na Colômbia. No caso da Colômbia, há o agravante da ausência de um sistema público de saúde como o SUS, mas, por isso mesmo, entendemos que há uma grande importância no enfoque de políticas públicas e campanhas de prevenção. Quanto às demandas por tratamentos e medicamentos que chegam ao Judiciário, entendemos que a *razoabilidade* do pedido do particular em relação ao contexto social, assim como a aplicação da *ponderação* no momento do caso concreto devem ser o norte para a solução dos casos difíceis.

Já no que diz respeito ao direito à moradia, entendemos que, tanto no Brasil quanto na Colômbia, uma moradia digna é aquela que fornece aos moradores o conforto e a privacidade necessários, assim como tratamento de água e esgoto. Todavia, este nos parece o tipo de prestação com maior dificuldade de aplicabilidade prática, visto que depende diretamente de políticas públicas do governo e envolve problemas maiores, como o deslocamento de populações por conta do conflito armado na Colômbia e todos os questionamentos que podem ser levantados acerca das comunidades periféricas brasileiras.<sup>22</sup>

Segundo o Levantamento de Informações Territoriais realizado pelo IBGE com base no Censo Demográfico de 2010, o Brasil já conta com cerca de 3,2 milhões de domicílios em aglomerados subnormais. Nestes domicílios, vive uma população de cerca de 11,4 milhões de pessoas (IBGE, 2011)<sup>23</sup>. Evidente que esta situação exige a elaboração e aplicação eficiente

---

<sup>22</sup> <http://noticias.uol.com.br/infograficos/2013/11/05/dados-do-ibge-mostram-perfil-de-favelas-e-moradores.htm>

<sup>23</sup> Link para o estudo do IBGE: <

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000015164811202013480105748802.pdf> / >

de políticas públicas, mas isto por si só não significa que, no cenário brasileiro, seria razoável entender o direito à moradia como conteúdo do mínimo existencial.

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 do direito à moradia e a realidade destes países periféricos, que não contam sequer com prestações adequadas de saúde e educação. Em decorrência da inviabilidade econômica que a judicialização do direito à moradia acarretaria em ambos os países, não podemos entender tal direito como direito definitivo. O direito à moradia não deixa de ser um direito fundamental social vinculante, que pode ser cobrado na justiça. Todavia, será ponderado diante do caso concreto – ao contrário do mínimo existencial, que é direito definitivo *a priori*.

Há aqui a necessidade de reforçar que tal entendimento não corresponde a uma conformidade com a situação social e econômica atual. Pelo contrário, entendemos que este reconhecimento do mínimo existencial, embora seu conteúdo seja limitado, é compatível com a realidade que se apresenta e, por isso mesmo, mais eficiente e factível. Constitui, portanto, apenas um ponto de partida para um reconhecimento futuro mais amplo, proporcional aos avanços sociais.

### 3. O aspecto da *efetividade*: judicialização do “mínimo existencial” e limitações.

As condições formais para que os direitos fundamentais sociais gerem o direito de uma pessoa a uma ação fática positiva do Estado são construídas a partir da interpretação de diferentes proposições normativas. Logo, se o Estado é detentor da possibilidade jurídica e fática de fazer algo, mas deixa de fazê-lo e esta omissão, em face das circunstâncias concretas, ameaça sem justificativa causar dano a uma pessoa, então esta pessoa passa a ter o direito de cobrar a ação não realizada pelo Estado (ARANGO, 2005, P.154).

Ou seja, para que o indivíduo tenha o direito de exigir uma ação estatal (portanto, seja titular de direito subjetivo público), ele deve se encontrar em uma situação tal em que a omissão estatal (correspondente à obrigação objetiva) cause-lhe um dano iminente e o faça sem justificativa, quer dizer, uma situação em que a omissão causa a infração de uma norma fundamental (ARANGO, 2005, P.154).

Todavia, discordamos de Arango neste ponto, visto que o dano iminente e a carência financeira não são condições necessárias para a existência de dos direitos fundamentais sociais. Entendemos que *todos* possuem a titularidade dos direitos fundamentais sociais e podem exercê-los e demandá-los judicialmente, sem a necessidade de situação de carência. Claro que, nestes casos, haverá a ponderação nos casos concretos.

Já quando tratamos das condições materiais para a configuração de tais casos, estamos nos referindo ao fato de que aquele que é sujeito de um direito a uma ação positiva do Estado deve se encontrar em uma situação de necessidade capaz de anular ou afetar gravemente sua liberdade e sua igualdade reais. (ARANGO, 2005, p.155). Trata-se, portanto, neste caso, de mínimo existencial, e não de direitos fundamentais sociais.

Neste ponto, ARANGO destaca o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado só será obrigado a uma atuação positiva quando a pessoa estiver em circunstâncias que afetem sua vida autônoma e digna de maneira não previsível e nem suportável, ou seja, se são cumpridas as condições materiais dos direitos fundamentais sociais. Isto significa, portanto, que o Estado só deve intervir quando a capacidade de atuar do indivíduo se esgota ou se torna inadequada diante de uma situação concreta (ARANGO, 2005, p.156-157).

Este não é o posicionamento que adotamos. Não consideramos a análise da previsibilidade daquela circunstância para que seja configurado o direito à prestação do Estado. Entendemos que, independentemente disso, o indivíduo tem garantido o seu direito *a priori* que, a depender do caso concreto, se tornará direito definitivo.

Aqui, Arango retoma o conceito de *liberdade fática* (ou real) desenvolvido por Alexy. Segundo o último autor, a *liberdade jurídica*, quer dizer, a autorização do ordenamento para fazer ou deixar de fazer algo, perde o valor diante da ausência de uma *liberdade fática*, a qual consiste na real possibilidade de escolha entre as alternativas permitidas (ALEXY, 2008, p.503). Neste sentido, este é o conceito de *liberdade fática* em Alexy: “em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, *a* é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido” (ALEXY, 2008, p.226).

Esta noção de liberdade fática retoma uma ideia Kantiana de autonomia para a construção de uma vida digna, assim como evidencia a relação empírica entre os sujeitos de direito e os obstáculos, ou seja, a ausência das condições mínimas para o exercício destes direitos. Tendo isto em mente é que invocamos a importância da atuação do poder judiciário como instrumento de efetividade, como ponte entre a abstração da norma e a concretude do direito, especialmente nos casos em que o Legislativo não demonstra eficiência e chega, até mesmo, a não agir por descaso. Os questionamentos levantados acerca dos limites do poder Judiciário são, por óbvio, pertinentes, tanto quanto os limites orçamentários nos obrigam às escolhas difíceis, nos conduzem aos *hard cases*. Todavia, o que mais importa destacar, neste ponto, são as noções de *ponderação* e *prioridade*: é a dignidade humana que deve ser o centro de resistência em cada um desses casos, é a *pessoa* que se deve priorizar. E não o orçamento.

Todavia, no caso brasileiro, entende-se que, por vezes, o casuísmo da jurisprudência pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas (BARROSO, 2013, p.160). Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais ou sociais – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais. (BARROSO, 2013, p.162)

O autor argumenta, ainda, que o **art.196 da CF/88** estabelece que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais (BARROSO, 2013, p.175). Além disso, levanta a questão da **legitimidade democrática**: há uma impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos (obtidos por meio de impostos) devem ser gastos (BARROSO, 2013, p.176)

Outro ponto controverso diz respeito à **reserva do possível**: os recursos públicos são insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis (BARROSO, 2013, p.177). Assim, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas sociais, privilegia aqueles que possuem acesso

qualificado à Justiça. Aliás, inclusive contribui para a maior exclusão dos pobres, ao permitir que o Governo transfira recursos de programas institucionalizados para o cumprimento de decisões judiciais. (BARROSO, 2013, p.179). Entendemos, todavia, ser cabível, neste ponto, uma crítica ao posicionamento de Barroso. Não se pode fundamentar um erro com base em outro erro: não se pode argumentar que, se um indivíduo de classe baixa não exige seus direitos fundamentais sociais por desconhecê-los, já que, em virtude de sua carência financeira não teve condição de adquirir instrução formal (direito à educação) suficiente para deles saber, não pode então um indivíduo de classe média exigí-los, uma vez que deles só tem conhecimento justamente por ter tido condição econômica de pagar por aquela instrução formal. Afinal, o que o Judiciário faz não é nada mais que exigir o cumprimento de direitos fundamentais que já são constitucionalmente assegurados.

Desta forma, o autor se dispõe a fornecer alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial pelo menos no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos (BARROSO, 2013, p.180): i) no âmbito das ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensa dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; ii) já a alteração das listas pode ser objeto de discussão em ações coletivas (BARROSO, 2013, p.183); iii) o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido. Todavia, aqui também cabe uma crítica à primeira sugestão de Barroso: não faz sentido que a atuação jurisdicional trate somente de medicamentos previstos na lista, pois o motivo da provocação do judiciário, nestes casos, é justamente a *ausência* de previsão de um certo medicamento. Quer dizer, se o medicamento já está presente na lista, não seria preciso recorrer ao judiciário, pois ele já seria fornecido.

Em artigo mais recente, Arango examina mais detalhadamente as possíveis objeções levantadas contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e fornece suas respostas.

A primeira objeção, segundo o autor, trata-se de uma *objeção cognitiva*: este tipo de objeção sustenta que a garantia das liberdades clássicas – entendidas no sentido dos âmbitos individuais de autodeterminação em que é vedada a intervenção do Estado - é possível porque a afetação das liberdades é objetivamente reconhecida, o que não se verifica no caso dos direitos fundamentais sociais. Tomando o direito à intimidade como exemplo, a violação se daria no momento da invasão do domicílio ou da intervenção nas suas comunicações privadas. Todavia, no caso do direito social à alimentação, a indisponibilidade de meios suficientes para a provisão dos alimentos necessários a uma vida saudável consiste em uma circunstância não atribuível a alguém em particular, quer dizer, há um alto grau de

indeterminação do sujeito violador do direito. Portanto, na ausência de uma prescrição legal determinando quais são os obrigados e qual o alcance de suas obrigações sociais, há uma dificuldade em saber quem afeta e quando afeta o direito social à alimentação (ARANGO, 2014, p.23).

Em resposta a esta primeira objeção, o autor afirma que a violação dos direitos fundamentais sociais pode advir tanto de omissões parciais quanto de omissões absolutas do Estado.<sup>24</sup> Quando se trata de omissão parcial, por um reconhecimento seletivo, insuficiente ou discriminatório de prestações positivas a grupos ou pessoas, embora não restem comprovadas razões que justifiquem a diferença de tratamento, a violação dos direitos é verificada diante da aplicação do princípio da igualdade (art.13, CP/91). Os afetados, invocando tal princípio, podem solicitar ao juiz constitucional a proteção dos direitos violados mediante sua inclusão em políticas públicas e atuações prévias da Administração. A hipótese de omissão absoluta é mais complicada porque não conta com um parâmetro normativo prévio de reconhecimento dos direitos fundamentais sociais; a ausência absoluta de uma política pública voltada para a satisfação destes direitos os tornaria, a princípio, inexigíveis pela via judicial (ARANGO, 2014, p.23).

Também discordamos do autor neste ponto. O projeto de lei 8058/14, já mencionado, estabelece no parágrafo único do art.28 que “cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.” Ou seja, já seria possível formar novos parâmetros suficientemente fundamentados neste tipo de decisão.

Desta forma, Arango argumenta que as omissões absolutas do Estado podem ser estabelecidas mediante um “modelo de caso extremo” e o princípio de urgência apontaria, neste contexto, para o reconhecimento de violações dos direitos fundamentais sociais mínimos. O autor esclarece que o modelo do caso extremo permite ao juiz constitucional estabelecer se uma omissão absoluta do Estado viola direitos fundamentais sociais em um caso concreto<sup>25</sup> (ARANGO, 2014, p.26).

Na segunda objeção levantada contra a judicialização dos direitos fundamentais, Arango aponta que, no caso dos direitos de liberdade, existe um procedimento racional e controlável para estabelecer se a violação a um direito é uma restrição legítima ou não. Por

---

<sup>24</sup> O autor entende que, a princípio, a violação dos direitos fundamentais sociais por particulares é de competência dos juízes ordinários.

<sup>25</sup> A sentença T-533 de 1992 constitui caso paradigmático neste sentido.

exemplo, no caso de comunicações privadas violadas, deve haver prévia autorização judicial, adequadamente obtida e, em momento posterior, no caso concreto, caso seu uso seja questionado, a violação deve passar pela máxima da proporcionalidade. Já no caso dos direitos sociais, há quem duvide da existência deste método racional e objetivo para estabelecer violações. Isto porque as omissões que, a princípio, violariam tais direitos, como por exemplo a falta de alimentação adequada, em um caso particular, poderia vir de diversos obrigados e, além disso, não existindo uma atuação concreta de análise de sua constitucionalidade, os juízes careceriam de parâmetros gerais para estabelecer a violação do direito (ARANGO, 2014, p.23).

Em resposta a esta objeção, o autor esclarece que o princípio da urgência é capaz de eliminar a arbitrariedade judicial no processo de determinação dos direitos fundamentais sociais *prima facie*. Para explicar, cita um exemplo: uma mulher com seis meses de gravidez de alto risco, a quem a entidade prestadora do serviço de saúde se negava a realizar um exame que não se encontrava dentro das prestações abarcadas no plano obrigatório de saúde, iniciou uma ação de tutela para a proteção de seus direitos fundamentais à vida e à saúde. Os juízes de primeira e segunda instância negaram a tutela, com base no argumento de que a entidade de saúde havia atuado em conformidade com a lei. A Corte Constitucional anulou as sentenças revisadas e tutelou os direitos da demandante, ordenando que a entidade não mais se negasse a prestar os serviços em casos de urgência comprovada<sup>26</sup>. Assim, os juízes constitucionais podem ordenar a aplicação no caso concreto, em uma situação de urgência, do cumprimento de um direito fundamental social. Arango esclarece ainda que, a princípio, qualquer pessoa ou organização poderia ser responsável pela violação dos direitos fundamentais sociais. Todavia, não sendo possível estabelecer com precisão, quem ocupa o primeiro lugar na ordem de exigibilidade da obrigação de satisfação do direito social é o Estado. Quer dizer, o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais sociais por excelência, de modo que apenas excepcionalmente não o será. Isto se dá em virtude do princípio da subsidiariedade. Portanto, no caso anteriormente mencionado, o terceiro que se viu obrigado na urgência, pode solicitar ao Estado a devolução dos custos em que incorreu (ARANGO, 2014, p.27).

Uma última objeção mencionada pelo autor diz respeito a uma suposta incompatibilidade entre a garantia dos direitos fundamentais sociais por via judicial e o Estado Democrático de Direito. A discricionariedade legislativa na fixação dos fins sociais e

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 2000.

na escolha dos meios para alcançar estes fins seria substituída pela discricionariedade judicial, deixando de caracterizar um Estado liberal e democrático e passando à configuração de um tipo de Estado Judicial arbitrário (ARANGO, 2014, p.24).

Para rebater esta ideia, Arango destaca que o princípio da subsidiariedade pressupõe que a responsabilidade de satisfação dos direitos fundamentais recai, primeiramente, sobre o próprio titular do direito e seus parentes mais próximos, evitando o paternalismo e a necessidade de intervenção estatal. Todavia, não se pode exigir que indivíduos que não contam sequer com as prestações mínimas, ou seja, com um ponto de partida necessário, possam realizar demais direitos fundamentais sociais. Os níveis de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais dependem do desenvolvimento prático dos princípios da subsidiariedade e da solidariedade social. Os juízes constitucionais possuem, para Arango, este papel central na educação política das sociedades atuais (ARANGO, 2014, p.28).

Além de responder a estas objeções à justiciabilidade, Arango destaca, ainda, os elementos institucionais que explicam a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais na Colômbia. O autor considera como fundamentais para o funcionamento da justiciabilidade no país quatro elementos principais: a) disfuncionalidade institucional; b) ativismo judicial; c) participação social; d) inovação judicial (ARANGO, 2014, p.27-28).

Quanto ao primeiro elemento, o autor afirma que a Colômbia é caracterizada pela debilidade estrutural da sociedade civil, pela baixa participação política da população, pela corrupção eleitoral e pelo clientelismo, pela escassa responsabilidade política dos agentes públicos e pelo descumprimento generalizado das leis e das sentenças judiciais, tanto por parte do Estado como dos particulares. Assim, entende que é compreensível, portanto, que, diante deste contexto, verifique-se uma massiva utilização de ações judiciais por pessoas e grupos afetados por este grau de arbitrariedade. Além disso, a existência de partidos políticos sem capacidade de mobilização social incentiva a judicialização da política e a constitucionalização do direito ordinário (ARANGO, 2014, p.27).

Já o crescente ativismo da sociedade civil é especialmente notado no caso do movimento nacional pela saúde pública na Colômbia: as investigações de setores independentes, não vinculados com o Estado, mostram que o alto custo do sistema de saúde deriva de uma política estatal favorável aos interesses de intermediários e grandes laboratórios farmacêuticos que ameaçam suspender a produção e importação de medicamento se a eles não for garantida uma liberdade de preços, apesar de sua posição de monopólio no mercado. Isso leva à conclusão de que a defesa do direito fundamental social à saúde não pode limitar-se ao plano nacional, mas deve incluir estratégias transnacionais (ARANGO, 2014, p.28).

O projeto institucional participativo, por sua vez, é fundamental para a proteção efetiva dos direitos e consiste no projeto institucional dos mecanismos de participação cidadã diante dos juízes constitucionais, especialmente diante da Corte Constitucional. A existência de audiências públicas participativas, de intervenções cidadãs (*amicus curiae*), são elementos que fomentam o caráter deliberativo e democrático. No mesmo sentido, também contribuem para o fortalecimento da democracia a inovação das soluções, que incluem a vigilância do cumprimento das ordens judiciais, inclusive com estudos de indicadores de cumprimento dos direitos sociais (ARANGO, 2014, p.28).

No que diz respeito à objeção democrática – ou seja, à questão da suposta interferência do Judiciário no Legislativo - referente à judicialização dos direitos fundamentais sociais, Sarmiento refuta este ponto com base em três argumentos. O **primeiro** deles é relacionado ao déficit democrático das próprias instituições representativas. Hoje, inúmeros fatores - que vão da influência do poder econômico nas eleições, até a apatia e distanciamento do cidadão do movimento político - tendem a segregar os representantes dos representados, minando a crença de que os primeiros vocalizariam na esfera política a vontade dos segundos. Para a comprovação desta afirmativa, é suficiente confirmar as pesquisas de opinião pública que surgem na mídia, em que se constata a baixíssima confiança depositada pelas pessoas em instituições como o Congresso Nacional e os partidos políticos.<sup>27</sup> Ou seja, o argumento de que a atuação do Legislativo seria mais democrática – por se tratarem de representantes eleitos - do que a atuação do Judiciário se enfraquece quando nos deparamos com esse distanciamento entre o político e o eleitor, que não se sente efetivamente representado. Desta forma, se o Judiciário atua em benefício dos direitos fundamentais diante de um Legislativo omissivo e rodeado por descrédito, ainda que não seja composto por representantes eleitos, ele talvez seja mais democrático, por representar realmente os interesses dos cidadãos (SARMENTO, 2008, p. 540-541).

O **segundo** argumento diz respeito ao significado de democracia. O efetivo exercício da democracia pressupõe a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de maneira a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública. Ou seja, para garantir a própria viabilidade da democracia, devem ser assegurados os direitos às condições materiais básicas de vida, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania. Quer dizer, a atuação do Judiciário passa a ser devida quando age no

---

<sup>27</sup> Pesquisa realizada com pessoas de todas as regiões do país e classes sociais apurou um índice de confiança de apenas 14% da população no Congresso Nacional e de 6% nos partidos políticos. Segundo a pesquisa, estas são as instituições em que o brasileiro menos confia. (Alberto Carlos Almeida. A Cabeça do Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, p. 189).

sentido da satisfação das condições materiais básicas de vida, principalmente considerando a postura de omissão dos outros poderes (SARMENTO, 2008, p. 541)

Já o **terceiro** argumento relaciona-se à natureza normativa da Constituição. Segundo este argumento, o dever do Poder judiciário de aplicar as normas jurídicas vigentes em situações de litígio, mesmo quando isto significa controlar o exercício do poder estatal, não é incompatível com a democracia, mas é, ao contrário, um elemento dela. Quer dizer, trata-se do Judiciário atuando como guardião dos direitos fundamentais, o que, por sua vez, garante a democracia e não do Judiciário ultrapassando seu âmbito de poder, o que constituiria uma ameaça ao processo democrático. (SARMENTO, 2008, p. 542)

Sarmiento deixa claro que não considera viável conceber os direitos sociais – ou pelo menos a maior parte deles<sup>28</sup> - como direitos subjetivos definitivos (SARMENTO, 2008, p.548):

Esta possibilidade deve ser afastada diante do reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito. Tal primazia decorre tanto do princípio democrático como da separação de poderes. Portanto, não basta, por exemplo, que alguém precise de moradia ou de qualquer tratamento de saúde para que se conclua, num singelo silogismo, sobre a existência de um dever incondicional do Estado, judicialmente exigível, de proporcioná-los.

Quanto à reserva do possível, Sarmiento aponta diversas possibilidades de entendimento dessa cláusula. Uma possibilidade extrema e descartada de imediato pelo autor é a associação da reserva do possível fática à absoluta exaustão dos recursos públicos. Neste caso, uma postulação em juízo compreendida no âmbito de proteção de direito fundamental social somente poderia ser denegada se ficasse evidenciada a completa falta de recursos do Estado para satisfazê-la. O autor considera esta concepção incorreta, pois ignora a necessidade do Poder Público de atender a uma infinidade de outras demandas onerosas – muitas delas igualmente embasadas na Constituição (SARMENTO, 2008, p.553).

Outra possibilidade seria entender a reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo de recursos públicos existentes. Este entendimento preserva a possibilidade de denegação de uma prestação sempre que os seus custos acarretarem um impacto muito

---

<sup>28</sup> Para o autor, é possível conceber algumas prestações da Previdência Social, bem como o direito de acesso ao ensino fundamental como direitos subjetivos definitivos, já que previstos no texto constitucional através de regras e não de princípios.

elevado sobre as contas públicas e possam comprometer gravemente a satisfação de outros direitos fundamentais ou necessidades sociais de igual relevância. Todavia, o autor considera que esta posição também não é correta, uma vez que não “leva a sério” a igualdade entre os indivíduos. Isto porque tal interpretação toma por base o custo representado apenas pela prestação concedida ao autor da ação, a qual dificilmente será muito significativa quando cotejada com a magnitude dos recursos e orçamentos das entidades federativas (SARMENTO, 2008, p.553).

O **entendimento do autor**, afinal, é de que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes (SARMENTO, 2008, p.554).

Já a reserva do possível jurídica identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado não incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão essencial, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa (SARMENTO, 2008, p. 555).

O autor discorda também que o mínimo existencial seja direito definitivo, considerando-o sujeito à reserva do possível. Argumenta que em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas (SARMENTO, 2008, p.561).

No que diz respeito ao controle judicial de políticas públicas<sup>29</sup>, além da dificuldade decorrente da falta de expertise dos juízes, há também o problema que resulta da própria dinâmica dos processos judiciais, que não permite o vislumbre adequado, no meio de seus prazos e formalidades, da miríade de informações, dados e pontos de vistas que envolvem a elaboração das políticas públicas (SARMENTO, 2008, p.565).

De acordo com o direito processual brasileiro, os direitos fundamentais sociais podem ser assegurados judicialmente através de ações individuais ou de demandas coletivas. Contudo, o Judiciário tem se mostrado, de um modo geral, muito mais generoso nas ações individuais do que nas coletivas, o que, do ponto de vista do autor, gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema.<sup>30</sup> Já na

---

<sup>29</sup> “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Maria Paula Dallari Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241).

<sup>30</sup> Um exemplo desta tendência, citado pelo autor, foi a decisão da Ministra Ellen Gracie, que, na qualidade de Presidente do STF, suspendeu acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que acolhera

tutela coletiva, os magistrados não têm como escapar de uma reflexão que deveria ser realizada sempre que estivessem em jogo pretensões sobre recursos escassos: o potencial de universalização do que foi pedido (SARMENTO, 2008, p.567). Isto é o que o Projeto de Lei nº 8058/14 tenta sanar – todavia, trataremos deste assunto mais detalhadamente no próximo item deste capítulo.

Na contramão de Sarmiento, Kelbert (2011, p.66) argumenta que *todos* os direitos têm custos, não apenas os que envolvem prestações positivas, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos, como é o caso da polícia e dos tribunais eleitorais. Assim, já que não se podem realizar todos os direitos, a sociedade, por meio de seus representantes, escolhe proteger os bens e direitos que considera mais importantes num dado momento e contexto histórico. (KELBERT, 2011, p.67)

A reserva do possível, portanto, inclui não só a existência de meios e recursos (inclusive os financeiros), mas também a possibilidade e a razoabilidade de que o Estado disponha desses meios e recursos no caso concreto. Ou seja, não seria razoável, por ex., exigir do Estado que preste assistência social a quem dispõe dos meios necessários e suficientes a sua subsistência (KELBERT, 2011, p.71)

Todavia, Scaff (2005, p.96) aponta que um dos fatores que desvia a destinação de recursos afetados a finalidades específicas é a Desvinculação de Receitas da União (DRU), que há vários anos vem afastando das vinculações constitucionais 20% de toda a arrecadação tributária brasileira. A desvinculação de receitas teve por fundamento 4 emendas constitucionais: EC de revisão nº 01 (Fundo Social de Emergência); EC nº 10 e 17 (Fundo de Estabilização Fiscal); EC nº 27 (Desvinculação de Receitas da União), sendo que esta última teve seu prazo dilatado pela EC nº 42 e 56.

Já Sotelo destaca as implicações econômicas da judicialização: na Colômbia, só nos anos de 1994, 1995 e 1996 o pagamento das sentenças referentes ao direito à saúde alcançou a soma de 436 bilhões de dólares (SOTELO, 2000, p.4). Todavia, admite que os direitos fundamentais de caráter prestacional são compostos de um núcleo essencial mínimo, não negociável no debate democrático, que torna estes direitos subjetivos imediatamente exigíveis

---

pedido formulado em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, para obrigar a União a realizar no âmbito do SUS os procedimentos médicos de redesignação sexual em pessoas transexuais. Na referida decisão, S. Exa. exteriorizou o seu entendimento de que, em matéria da proteção judicial dos direitos sociais, deve-se adotar uma análise tópica, “caso-a-caso”, em detrimento da tutela coletiva, uma vez que esta repercute “na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas”, o que caracterizaria “grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional.”. STA 185/DF, DJ 04.12.2007

mediante ação de tutela, como se depreende da jurisprudência colombiana<sup>31</sup> (SOTELO, 2000, p.10).

Todavia, o art.345 da CP/91 estabelece que, em princípio, somente os órgãos de representação popular são os responsáveis por decidir sobre o montante do gasto social destinado aos serviços próprios do Estado Social de Direito (SOTELO, 2000, p.11). Logo, diante da ausência de regulamentação legal, o juiz de tutela não pode derivar da Cláusula do Estado Social de Direito o reconhecimento prestacional ao cidadão. (SOTELO, 2000, p.14)

Uma vez regulamentado um serviço público prestacional, o juiz de tutela deve verificar se a aplicação das normas legais que regulamentam o serviço tornam vulneráveis ou ameaçam um direito humano de primeira geração do indivíduo: a igualdade de oportunidades, o devido processo, a vida. Caso realmente exista esta ameaça ao direito de primeira geração, o juiz de tutela ordena à autoridade que aplique uma interpretação conforme a Constituição (ou seja, que troque a interpretação anterior por uma que seja adequada ao alcance que a Corte pretende dar à norma) (SOTELO, 2000, p.14)

SAFFON e GARCÍA-VILLEGAS (2011, p.77) elaboraram um artigo em que avaliam o ativismo judicial da Corte Constitucional colombiana, com base em uma investigação empírica, a partir de uma mostra de decisões da Corte em matéria de direitos sociais entre 1992 e 2006. Segundo a hipótese geral defendida no artigo, a avaliação política da proteção dos direitos sociais depende da noção de Constituição que se defende. Para tanto, são considerados dois tipos de textos constitucionais: os preservadores e os “aspiracionais”.

Os primeiros tendem a crescer em contextos onde já estão garantidas condições básicas de progresso social e estabilidade institucional, ou em contextos em que uma revolução política construiu as bases para tais alterações estruturais. Assim, há um esforço para assegurar as condições garantidas e uma tendência a tratar os direitos sociais como assuntos políticos ou normas programáticas, cuja materialização é levada a cabo principalmente por legisladores e pelo Executivo (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.78-79).

Já as Constituições “aspiracionais” tendem a surgir em cenários de grande insatisfação com o presente e com uma proteção muito frágil dos direitos sociais, mas em que, ao mesmo

---

<sup>31</sup> Decisão de unificação **SU-225 de 1998** (juiz Eduardo Cifuentes): *"los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante acción de tutela. En segundo lugar, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales."* (pág. 31 da decisão).

tempo, há uma forte crença na possibilidade de se alcançar um futuro melhor através do direito constitucional. Por isso a tendência a estabelecer metas ambiciosas ou maximalistas, o que implica na existência de uma grande brecha entre o texto constitucional e a realidade social. Os direitos sociais, aqui, são tratados como normas jurídicas (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.79).

A CP/91 é considerada pelos autores como um exemplo de Constituição aspiracional que enfrenta dificuldades para produzir mudanças sociais por conta dos seguintes fatores que caracterizaram seu processo constituinte: a ausência de uma revolução prévia ou de um partido político triunfante; o subsequente déficit de vontade política de desenvolver o projeto constitucional emancipatório; a existência de um forte ativismo judicial em direitos sociais; os conflitos interinstitucionais e os debates políticos resultantes deste ativismo (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.85).

A CP/91 foi produto de um consenso em confrontar uma profunda crise política causada pela corrupção e pela violência. Assim, o objetivo principal da Assembleia Constituinte da qual surgiu a CP/91 foi ampliar a democracia. A composição pluralista da Assembleia contrastou com a tradicional dominação bipartidarista do sistema político. Todavia, depois da promulgação da CP/91, muitos dos atores sociais e políticos que foram os principais protagonistas da Assembleia se dispersaram e, como consequência, as instituições políticas (especialmente o Congresso) não foram formadas por pessoas verdadeiramente comprometidas com as metas constitucionais (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.85-86).

Além disso, nos primeiros anos da década de 90, o governo colombiano iniciou, com o apoio de agências econômicas internacionais, a implementação de uma estratégia de liberalização econômica. Assim, enquanto as cláusulas sociais da CP requeriam maior intervenção estatal para redistribuir a riqueza, o governo implementava políticas que buscavam reduzir a intervenção do Estado. Assim começa o embate entre o Estado e a Corte Constitucional (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.86-87).

A investigação sobre o ativismo da Corte é, no artigo em questão, limitada às sentenças de tutela, que são as que recebem mais críticas no campo do direito social.<sup>32</sup> (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.88)

---

<sup>32</sup>Isto se explica, em parte, pelo fato de que os direitos sociais não são geralmente concebidos como direitos diretamente aplicáveis que possam ser amparados pelos juízos de tutela. Todavia, superando a tese da conexão, mais recentemente, a Corte tem entendido alguns direitos sociais como fundamentais e diretamente aplicáveis, como é o caso do direito à saúde. Estas doutrinas têm sido criticadas, entre outras coisas, porque implicam em uma carga econômica não pré-estabelecida para o Estado.

Os autores apresentam uma tabela com a porcentagem ponderada de sentenças proferidas na Colômbia com a temática de direitos sociais (correspondente a 55%), como se confere a seguir (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.90):

Tabela 1: porcentagem ponderada de sentenças sobre direitos sociais (1992-2006)

<b>Casos</b>	<b>% del total</b>
Derechos civiles y políticos	44%
Derechos sociales	55%
<b>Total</b>	<b>100%</b>

Fonte: SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia**. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13,(1), p. 90. Bogotá: 2011.

Em seguida, é apresentada a porcentagem de sentenças sobre direitos sociais concedidas (66%) e negadas (34%):

<b>Casos</b>	<b>% del total de casos sobre derechos sociales</b>
Concedidas	66%
Negadas	34%

Fonte: SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia**. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13,(1), p. 90. Bogotá: 2011.

A proteção frequente dos direitos sociais, pela Corte, por meio da ação de tutela, demonstra sua posição ativa principalmente se considerarmos que isto foi feito de maneira sistemática e contrariando os precedentes da própria Corte (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.91). Isto é, em decisões anteriores<sup>33</sup>, a Corte havia entendido que a ação de tutela só se aplicava *excepcionalmente* aos direitos sociais, nos casos em que a violação do direito social colocava em perigo outro direito fundamental – esta regra é conhecida como **doutrina da conexão** e se aplicou a todos os direitos sociais até o ano 2008, quando a Corte estabeleceu um novo precedente no tocante ao direito à saúde, segundo o qual este tem um caráter fundamental e é de aplicação imediata, sem que deva provar-se sua conexão com outros direitos fundamentais.<sup>34</sup>

Todavia, os autores fazem uma divisão entre as sentenças sobre os *tipos* de direitos sociais *prestacionais* (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.93): i) **sentenças sobre**

<sup>33</sup> Veja-se as sentenças T-633 de 2002, T-1239 de 2001, T-150 de 2000, C-112 de 1998, T-395 de 1998, T-271 de 1995. Veja-se especialmente a T-395 de 1998.

<sup>34</sup> Sentencia T-760 del 2008.

**direitos sociais que implicam um pagamento devido:** situações em que o peticionário claramente tem o direito a receber um pagamento ou serviço pré-estabelecido em uma relação contratual ou administrativa; ii) **sentenças sobre direitos sociais prestacionais em sentido estrito:** somente inclui os casos em que a decisão econômica tomada pelo juiz não resulta de verificar uma obrigação pré-existente, mas sim que o juiz a considere necessária para que a obrigação se cumpra, o que muitas vezes implica em um desembolso econômico não estabelecido previamente. Somente no último caso poderia se falar em ativismo por parte da Corte.

Cabe esclarecer, neste ponto, que não fazemos esta diferenciação entre tipos de direitos fundamentais sociais. Apenas mencionamos a classificação adotada pelos autores para a melhor compreensão de seus argumentos.

Na tabela 4, verifica-se a distribuição ponderada de sentenças da Corte Constitucional sobre direitos sociais prestacionais: o pagamento daquilo que já era devido corresponde a 63% do total de casos, enquanto os direitos sociais prestacionais em sentido estrito correspondem somente a 37% (dentro dos 76% das decisões de tutela sobre direitos sociais).

Tabela 4: distribuição ponderada de sentenças da Corte Constitucional sobre direitos sociais prestacionais

<b>Sentencias en derechos sociales prestacionales</b>	<b>% del total de casos</b>
Pago de lo debido	63%
Derechos sociales prestacionales en sentido estricto	37%
Total	100% (76% de tutelas sobre derechos sociales)

Fonte: SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia.** *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13,(1), p. 93. Bogotá: 2011.

Por fim, na tabela 6, temos a proteção de direitos sociais prestacionais concedidos pela Corte Constitucional entre **1998 e 2006**: pagamento do que já era devido (49%); direitos prestacionais em sentido estrito (51%) – dentro destes 51% → saúde (32%), seguridade social/pensões (14%), saúde das crianças (3%), educação infantil (1%), outros (1%).

Tabela 6: proteção de direitos sociais prestacionais concedidos pela Corte Constitucional entre **1998 e 2006**

<b>Tipo de derecho social amparado</b>	
<b>Pago de lo debido (49%)</b>	
<b>Derechos sociales prestacionales en sentido estricto (51%)</b>	<b>Salud (32%)</b>
	<b>Seguridad social (pensiones) (14%)</b>
	<b>Salud de niños (3%)</b>
	<b>Educación de niños (1%)</b>
	<b>Otros (1%)</b>
<b>Total (100%)</b>	

Fonte: SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia.** *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13,(1), p. 96. Bogotá: 2011.

Como os autores destacam (SAFFON; GARCÍA-VILLEGAS, 2011, p.96-98), desde 1998, as ações de tutela relacionadas aos direitos sociais cresceram exponencialmente. Em 1995, foram interpostas três mil ações de tutela relacionadas ao direito à saúde, enquanto em 1999 o número chegou a, aproximadamente, quarenta mil tutelas.<sup>35</sup> O gasto público em saúde passou de 2 milhões de dólares, em 1998, para quase 7 milhões, em 1999.<sup>36</sup>

Em 2007, o Congresso aprovou a lei 1122, que tentou gerar incentivos positivos e negativos para que as entidades médicas cumprissem com o precedente da Corte em termos de saúde, sem a necessidade de que se apresentasse uma ação de tutela.

Em 2008, foi proferida a sentença T-760, considerada a mais importante em termos de saúde na Colômbia. Nela, o direito à saúde foi declarado como direito fundamental autônomo.

Assim, os autores concluem afirmando que a Corte foi muito ativa no que diz respeito à saúde, mas produziu escassas decisões sobre moradia, educação e seguridade social. E, além disso, continua não considerando como direito fundamental os demais direitos sociais (a não ser por via de conexão).

No Brasil, Olsen faz uma afirmativa que, diante dos dados apresentados, parece também válida para a Colômbia: a questão dos recursos financeiros disponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais possui uma aparência de escassez artificial, oriunda de escolhas administrativas. A autora argumenta que os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os maneja para outro. Ou seja, há uma diferença entre a inexistência de recursos e a escolha alocativa dos mesmos<sup>37</sup> (OLSEN, 2008, p.191).

<sup>35</sup> Colombia, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura (1999).

<sup>36</sup> Uprimny (2006).

<sup>37</sup> A autora cita as seguintes normas que tratam da destinação de recursos na CF: art. 195; art. 204; art. 212; art.55; art. 60; EC 31/2000 (Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza).

Importante argumento mencionado pela autora a favor da judicialização dos direitos fundamentais sociais traz um exemplo do direito à saúde: nos anos 90, o crescente número de decisões judiciais concedendo o medicamento para o tratamento da AIDS fez com que, por conta do aumento da demanda, o preço se tornasse mais facilmente negociável com os laboratórios e, assim, o governo brasileiro conseguiu que o medicamento passasse a ser oferecido gratuitamente pelo SUS (OLSEN, 2008, p.296).

Como esclarece a autora, o “judiciário tem a função de atender ao caso concreto, e através dos caminhos da microjustiça, denunciar a macro-injustiça”.

Por outro lado, TIMM (2010, P.55) argumenta que o Brasil não é um país rico: segundo o autor, se a distribuição de renda fosse perfeita (máxima e eficiente), nós chegaríamos a uma distribuição de renda igual à renda *per capita* do país que hoje é de cerca de R\$ 12.000,00 a R\$ 14.000,00 (cerca de U\$ 7.000,00) por ano, portanto, longe ainda de países ricos (que ficam na casa dos R\$ 20.000,00). Assim, para o autor, não é suficiente utilizar o argumento da distribuição de renda contra o problema da escassez de recursos.

Quanto à corrupção, TIMM afirma que, embora ela atrapalhe, os níveis do país são considerados médios quando comparados a outros países em desenvolvimento. Os economistas podem divergir sobre as causas da corrupção e em que medida o percentual do crescimento do PIB e da redistribuição de riqueza são afetados por ela, mas isso não deve passar de 10%, portanto, só o combate à corrupção, segundo o autor, não resolveria o problema das injustiças sociais (TIMM, 2010, p.55)

Para TIMM, o serviço público e a assistência social prestados pelo Estado ou por suas concessionárias ou permissionárias com o subsídio dos impostos é a forma mais eficiente de promoção do texto constitucional e, portanto, dos direitos sociais (TIMM, 2010, p.58). Isto porque a tributação (especialmente a de renda, e não impostos indiretos) atinge a desigualdade com precisão e a todos.

O autor acrescenta, ainda, que a condução das políticas públicas pelo Poder Executivo (e não pelo Judiciário) é o modo mais democrático de se proceder, pois as escolhas de emprego dos recursos escassos obtidos dos agentes privados serão feitas de acordo com as necessidades sociais prioritárias e por representantes eleitos. Além disso, o judiciário não pode fazer *planejamento*, que é o essencial para a boa administração dos recursos públicos. Todavia, caso a questão alcance o judiciário, o autor entende que o meio processual adequado corresponderia às ações coletivas (TIMM, 2010, p.59).

Bem acertada é a colocação de Barcellos (2008, p.137), ao afirmar que

Na realidade, tanto quando o magistrado nega ou concede determinada prestação de saúde, como quando o Poder Público a coloca ou não à disposição (ou quando determinadas prestações são oferecidas em algumas áreas e não em outras), o fato é que sempre há uma decisão, explícita ou implícita, uma escolha que prioriza determinadas situações de necessidade em detrimento de outras. Ao imaginar-se que, através do Judiciário, no âmbito de ações individuais, toda e qualquer prestação de saúde pode ser obtida, criam-se vários problemas que dão origem a um círculo vicioso em que, no fim, a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Todavia, a autora destaca que o ato de remeter ao Legislador e/ou ao Administrador a inteira determinação dos efeitos dos enunciados em matéria de saúde (o que, entendemos, é também aplicável no caso dos demais direitos fundamentais sociais) pode esvaziar totalmente a fundamentalidade do direito em questão, em caso de omissão. Pois, “se tudo passa a depender da própria atuação desses poderes, perde-se o sentido e a proteção” (BARCELLOS, 2008, p.139).

Como esclarece a autora, em um Estado democrático e pluralista, há concepções diferentes de dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição. No entanto, a nenhuma destas concepções poderá escapar uma ideia de “condições elementares”, essenciais à existência humana, pois, do contrário, restaria caracterizada uma violação da dignidade (BARCELLOS, 2008, p.140).

Barcellos esclarece que, além do conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá também optar pelo atendimento de outras necessidades relacionadas à saúde, é claro. Todavia, a diferença no tocante ao mínimo existencial é que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: ordenar concretamente o fornecimento de prestação de saúde fundamentado na Constituição e diante de uma omissão do poder Executivo ou do Poder Legislativo neste aspecto (BARCELLOS, 2008, p.140).

### **3.1 O projeto de lei nº 8058/14, no Brasil, e as sentenças estruturais na Colômbia**

O projeto de lei nº 8.058/14, do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados e pretende instituir processo especial para o controle e a intervenção em políticas públicas pelo Judiciário. A intenção do projeto de lei é justamente evitar o desequilíbrio entre os Poderes decorrente da dificuldade em delimitar a atuação de cada um deles quando se trata da aplicação dos direitos fundamentais sociais.

O projeto, pautado pela cooperação institucional, permite, por exemplo, que o juiz notifique a autoridade responsável referente a um caso concreto para que sejam demonstradas informações sobre a disponibilidade de recursos financeiros para a implementação de uma política pública. Isto contrapõe de forma efetiva o uso arbitrário do argumento da reserva do possível e obriga o administrador a agir com responsabilidade e transparência.

Outras previsões que destacamos são as seguintes: no art.23, há a previsão da reunião de causas que tratem de políticas públicas relativas ao mesmo ente político; no art.24, há a previsão de encontros periódicos promovidos pelos tribunais para a harmonização do entendimento acerca do controle jurisdicional de políticas públicas; por fim, os arts.28 e 29 estabelecem a possibilidade de notificação do Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas quando for verificada a hipótese de ações objetivando a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir em políticas públicas.

Ou seja, há a possibilidade de converter uma ação individual em uma ação coletiva, o que confere maior eficiência à aplicação dos direitos fundamentais sociais e cria uma cultura das chamadas “sentenças estruturais”, como ocorre na Colômbia: além de solucionar de forma mais imediata a situação de várias pessoas em situação de necessidade, este tipo de sentença cria uma solução conjunta e cooperativa, envolvendo os diversos organismos institucionais e proporcionando uma proteção monitorada a longo prazo, até mesmo para que o quadro revertido não continue se repetindo. Logo, não há uma substituição do administrador público, mas uma cooperação entre os poderes, o Estado, os especialistas e a sociedade civil.

Procedimento parecido já ocorre na Colômbia, desde a decisão da sentença T-025/2004, que tratava de deslocamento interno e procurou solucionar, por meio de políticas públicas, a situação de mais de 3 milhões de deslocados. Esta sentença é chamada “estrutural” pois trata de um caso que atinge um grande número de pessoas cujos direitos são violados, envolve várias entidades estatais como responsáveis por falhas sistemáticas e pela ausência de políticas públicas, além de implicarem ordens de execução complexa, de modo que o juiz deve instruir as diversas entidades públicas a empreender as ações coordenadas para a proteção da população afetada (FRANCO; GARAVITO, 2010, p.17).

A própria sentença T-760/2008, mencionada diversas vezes neste trabalho, já incorpora essa noção de “sentença estrutural” ao se tornar parâmetro, desde que foi proferida, para os casos de violação do direito à saúde na Colômbia. O reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental naquela sentença alterou, a partir daquele momento, a apreciação das demandas posteriores, de modo que a atuação do Judiciário começa então a ser vista menos como um ativismo invasivo e mais como uma interferência necessária diante de

um problema estrutural que vinha alimentando uma situação inconstitucional (a ausência de acesso à saúde) por décadas. Assim, embora não tenha sido, nesta sentença, o caso de elaboração de política pública, trata-se de um caso a partir do qual o acesso aos tratamentos de saúde passou a ser massivamente reconhecido, bem como nasceu a cultura de uma melhor fiscalização dos planos de saúde colombianos.

#### **4. Análise de jurisprudência do STF e da Corte Constitucional da Colômbia no tocante ao mínimo existencial**

Com o intuito de realizar um estudo comparado entre as cortes constitucionais da Colômbia e do Brasil, realizamos uma pesquisa de jurisprudência nos respectivos sites em que os acórdãos se encontram disponíveis e nos termos a seguir esclarecidos.

A pesquisa foi concluída em 13 de novembro de 2014, quando foram apurados 4 acórdãos do Supremo Tribunal Federal tratando sobre o mínimo existencial: RE 763667, RE 581352, AI 598212, RE 658171. A busca foi realizada no site com o termo “mínimo adj existencial”, considerando o período entre outubro de 2013 e outubro de 2014. Tendo em conta o mesmo lapso temporal, consultamos o site da Corte Constitucional colombiana, utilizando o termo “minimo vital” e encontramos 5 acórdãos sobre o tema: Sentencia T-003/14, Sentencia T-011-14, Sentencia T-037-14, Sentencia T-101/14, Sentencia SU 856/13.

Todavia, antes de tratar das decisões acima mencionadas, gostaríamos de apontar alguns pontos importantes acerca da temática do “mínimo existencial” nas Cortes Constitucionais brasileira e colombiana.

No caso do Brasil, a ADPF-MC 45 foi a decisão referencial - e até hoje preponderantemente utilizada - com a temática do mínimo existencial. Nesta decisão, ficou decidido que (CORDEIRO, 2012, p.189-190), quanto ao instrumento para viabilizar a concretização de políticas públicas, é cabível a ADPF, considerando os casos em que tais políticas, apesar de previstas na Constituição, não são implantadas pelo Estado. A decisão também destaca que a proteção da dignidade engloba condições materiais mínimas de existência e que, no momento da apuração dos elementos fundamentais dessa dignidade (ou seja, do mínimo existencial), faz-se também uma escolha dos alvos prioritários dos gastos públicos. Desta forma, caso os poderes políticos atuem de maneira não razoável - seja por inércia injustificada ou comportamento abusivo, comprometendo a eficácia dos direitos fundamentais sociais e afetando o núcleo essencial de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias à existência digna, aí, portanto, resta justificada a possibilidade de intervenção do Judiciário. Ou seja, o Judiciário não deve interferir de pronto, pretendendo o controle das opções legislativas de organização e prestação, sendo justificada sua ingerência, todavia, diante de violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

Quanto ao argumento da reserva do possível, a decisão esclarece que o processo de concretização dos direitos se traduz num binômio: de um lado, há a razoabilidade da

pretensão individual/social deduzida em face do poder público e, de outro, a disponibilidade financeira do Estado para efetivar as prestações. Por fim, depreende-se, ainda, desta decisão, que a realização dos direitos sociais, além de ser gradual, depende do vínculo financeiro subordinado ao orçamento do Estado.

Relevante ainda mencionar a STA 175, que forneceu parâmetros norteadores para a solução de casos concretos no tocante ao direito à saúde. Com base na STA, alguns medicamentos e tratamentos médicos de alto custo que não são fornecidos pela rede pública foram assegurados pelo STF (CORDEIRO, 2012, p.193).

Quanto à jurisprudência colombiana, cabe a realização de alguns esclarecimentos sobre o Sistema de Pensões Colombiano. Como será tratado em seguida, este foi tema recorrente nas decisões mais recentes da Corte Constitucional daquele país acerca do “mínimo existencial” (tratado por eles como “mínimo vital”). Todavia, devemos esclarecer que consideramos incorreta esta inclusão do direito ao recebimento das pensões dentro do conteúdo do mínimo existencial. Acreditamos que qualquer ação neste sentido é dotada de caráter ordinário e extrapola o conteúdo do que entendemos como correspondente ao núcleo essencial dos direitos sociais mínimos. Este tipo de associação arbitrária do mínimo existencial a direitos que estão fora de seu âmbito de proteção contribuem para o enfraquecimento do conceito e para a dificuldade de delimitação de seu conteúdo. Todavia, partimos para o esclarecimento do funcionamento do sistema de pensões colombiano para que seja possível compreender as decisões da Corte Constitucional daquele país.

O Sistema Geral de Pensões objetiva garantir à população o amparo no momento da velhice, invalidez ou morte, mediante o reconhecimento de uma pensão e demais prestações determinadas pela lei.<sup>38</sup>

Este sistema é composto por dois regimes, a saber: 1) o Regime Solidário de Prêmio Médio com Prestação Definida (RPM); 2) o Regime de Economia Individual com Solidariedade.

O primeiro trata-se de regime mediante o qual os afiliados e seus beneficiários obtêm uma pensão por velhice, invalidez ou morte (“sobrevivientes”) ou, em sua ausência, uma indenização substitutiva. Tal regime era administrado, desde 29 de setembro de 2012, pelo

---

<sup>38</sup> Todas estas informações sobre o Sistema de Pensões Colombiano foram retiradas das seguintes fontes: <http://www.redescolombia.org/ejes/sistema-de-servicios-para-colombianos/seguridad-social-colombianos-exterior/sistema-general-de-pensiones> (site da “Colombia nos Une”, programa vinculado ao Ministério das Relações Exteriores da Colômbia) e <http://www.mintrabajo.gov.co/pensiones.html> (site do Ministério do Trabalho da Colômbia).

Instituto de Seguros Sociais (ISS); todavia, atualmente, é administrado pela Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).<sup>39</sup>

Já o Regime de Economia Individual é aquele mediante o qual os afiliados têm direito a uma pensão por velhice, na idade que escolhem, sempre e quando o capital acumulado em sua conta de economia individual lhes permita obter uma pensão mensal, superior a 110% do salário mínimo legal mensal vigente na data de expedição desta Lei, reajustado anualmente segundo a variação porcentual do Índice de Preços do Consumidor (IPC).

O Sistema Privado de Pensões (SPP) é um regime de capitalização individual administrado por entidades privadas denominadas Administradoras de Fundos de Pensões (AFP), nas quais as contribuições realizadas pelo trabalhador são registradas em uma Conta Pessoal denominada Conta Individual de Capitalização (CIC). O Sistema Privado de Pensões foi criado como uma alternativa aos regimes de pensões administrados pelo Estado e concentrados no Sistema Nacional de Pensões (SNP).

Todos os trabalhadores afiliados ao SPP gozam dos seguintes benefícios:

- **Pensão por aposentadoria:** é a pensão referente ao pagamento que o colombiano receberá mensalmente ao aposentar-se, financiado com o saldo de sua Conta Individual de Capitalização (CIC). Outra opção seria a aposentadoria antecipada (antes dos 65 anos de idade), desde que se cumpra com os requisitos da lei.

- **Pensão por invalidez:** é a pensão mensal, recebida em caráter transitório ou definitivo, pelos afiliados que, sem haver optado por uma pensão de aposentadoria, apresentam uma perda maior ou igual a 50% de sua capacidade de trabalho.

- **Pensão por morte:** trata-se da pensão recebida pelos beneficiários do afiliado, em caso de falecimento deste, podendo ter caráter temporal ou vitalício, conforme as normas vigentes.

- **Despesas de Funeral:** é o montante que se oferece aos beneficiários do afiliado falecido, mediante o pagamento do reembolso de uma soma de dinheiro correspondente a um tipo referencial de funeral, de acordo com o parâmetro estabelecido por lei.

---

<sup>39</sup> Página da COLPENSIONES na internet: [www.colpensiones.gov.co](http://www.colpensiones.gov.co)

#### 4.1 ) Sentenças da Corte Constitucional da Colômbia

##### - Sentença SU 856/13

Primeiramente, vamos tratar da Sentencia SU 856/13, proferida em 27 de novembro de 2013, em Bogotá. Devemos notar que, por tratar-se de uma “SU” (sentença de unificação), importante para a unificação de critérios jurisprudenciais, esta sentença pode ser considerada a mais relevante dentro da nossa análise sobre a jurisprudência colombiana.

Trata-se de uma sentença proferida pelo plenário diante da proposição de uma ação de tutela (art.86, CP/91) visando a obtenção do reconhecimento do direito à pensão por aposentadoria ou velhice. A ação foi proposta por Hernán Duarte Parrado, exigindo seu direito de recebimento à pensão por velhice, contra o Instituto de Seguros Sociais (ISS). A sentença estabeleceu que Hernán cumpria os requisitos para receber a pensão, de acordo com o regime de transição em que alegava estar inserido.

Logo no início da sentença (p.1), afirma-se que o mínimo vital de subsistência não é um conceito meramente quantitativo, mas também qualitativo, pois supõe que cada pessoa viva de acordo com o status adquirido durante a sua vida. Trata-se, portanto, do conjunto de condições materiais necessárias para assegurar a subsistência de cada pessoa em particular.

Neste ponto já temos uma forte crítica ao entendimento da Corte Constitucional colombiana. Entender que o mínimo existencial varia de acordo com o status que o indivíduo adquiriu durante a vida nos parece absurdo, pois possibilita a judicialização de prestações totalmente desvinculadas do conceito de dignidade humana e do que consideramos como a essência dos direitos fundamentais sociais mínimos. Afinal, este tipo de interpretação permitiria que alguém com um patamar de saúde e educação muito superior ao mínimo correspondente àquela realidade social pudesse obter, pela via judicial, prestações acima do correspondente ao mínimo existencial, mas vinculadas a um padrão de vida que manteve por boa parte de sua vida. Não entendemos, portanto, que isto seria razoável.

Em seguida (p.2), continuando a análise da decisão, é estabelecida uma clara relação entre o direito ao mínimo vital e o direito à pensão por velhice e a livre escolha do regime pensional. Logo, fica caracterizada, na decisão, a violação destes direitos pelo ISS ao negar reconhecimento de pensão de velhice ao beneficiário do regime de transição, segundo o decreto lei 546/71.

Na p.16 da decisão, é esclarecido que o regime de transição, previsto no art. 36 da Lei 100/93, estabelece que aqueles que cumprirem os requisitos ali previstos poderão receber a pensão com base no regime anterior mais favorável. Por cumprir com o número de semanas

de contribuição, o tempo de serviço necessário e a idade de 55 anos, o Sr. Hernán considerou ser beneficiário do Decreto Lei 546/1971. Todavia, o ISS negou a pensão por velhice solicitada, alegando que ele havia perdido os benefícios do regime de transição, devendo submeter-se, portanto, ao novo regime geral da lei 100.

Na página 26 da decisão, o conceito de mínimo existencial é retomado: “deve permitir levar uma vida de acordo com o nível de vida alcançado pelo trabalhador durante sua vida ativa laboral.”<sup>40</sup> Assim, no caso em questão, a Corte considerou que o não reconhecimento do direito à pensão comprometeria o mínimo existencial. Isto porque as condições de vida atuais do demandante não correspondem ao nível alcançado por ele durante o tempo (pouco mais de 19 anos) em que trabalhou para o Estado.

Na página 34, são esclarecidos os aspectos gerais dos regimes pensionais criados pela Lei 100/93, o que contribui para o entendimento da decisão. Retomando a Sentença SU-062 de 2010, é esclarecido que a lei 100/93 criou o Sistema Geral de Seguridade Social em Pensões e estabeleceu dois regimes pensionais excludentes que coexistem: o regime solidário de premio médico com contribuição definida e o regime de economia individual com solidariedade. Ainda que a afiliação a um destes regimes seja obrigatória, a escolha de um dos dois sistemas é livre, e uma vez feita esta escolha inicial, os afiliados têm a possibilidade de trocar de um regime pensional para outro, com o cumprimento das condições estabelecidas na letra “e” do art. 13 da lei 100/93.

Em seguida, na p.35, a decisão esclarece que, embora a Lei 100/93 tenha criado um sistema de pensões com pretensão de generalidade, revogando, em sua maioria, os diversos regimes pensionais até então existentes, tais regimes continuam sendo aplicáveis aos casos das pessoas amparadas pelo regime de transição. Trata-se do art.36 da lei 100/93, que criou o regime de transição para aqueles que, no momento em que se iniciou a vigência desta lei, se encontravam próximos a cumprir com os requisitos para alcançar o reconhecimento de sua pensão de velhice.

Desta decisão não se extrai, portanto, nenhuma contribuição significativa para o que entendemos ser o conceito e o conteúdo do mínimo existencial. Pelo contrário, esta decisão é um indicativo do que será encontrado nas próximas decisões colombianas a serem analisadas: uma verdadeira distorção na aplicação do conceito de mínimo existencial. Tanto nesta decisão quanto nas próximas, será possível verificar que não será feita menção a nenhum dos direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente. Ou seja, no período recortado por esta

---

<sup>40</sup> Conceito retomado da Sentencia T-603 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

pesquisa, o mínimo existencial colombiano compreendeu apenas questões referentes à cobrança do recebimento de pensões, que não entendemos ser parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais mínimos.

#### **- Sentença T-003/14**

Trata-se de sentença de tutela (T-003/14, 13 de janeiro de 2014, Bogotá), proferida por uma “seção de tutela” (Sala de Revisión de Sentencias de Tutela), composta por três magistrados. O objeto da ação é o previsto no art.48, CP/91, tratando da pensão de sobreviventes e seus requisistos, previstos no art.13 da lei 797/2003.

Nesta decisão, duas ações são sentenciadas. Na primeira (T- 4.017.076), o acionante é Diego Alberto Medina Díaz, como advogado do cidadão José René Pérez Franco, que, por sua vez, atua como curador de Giovanni Jaramillo Franco. O acionado é o sistema de pensões Colpensiones, por não haver reconhecido a pensão por morte ao filho inválido (comprovada perda de 60% da capacidade laboral) da titular falecida, que era afiliada ao Sistema de Pensões.

Aqui, os direitos fundamentais invocados são mínimo existencial, igualdade, seguridade social, dignidade humana e devido processo (p.1).

Em primeira e segunda instâncias, o direito ao recebimento da pensão por morte foi negado, pois o juiz considerou que não foi suficientemente comprovada a situação de necessidade do acionante e nem mesmo o número de anos de contribuição efetivamente realizados para o Sistema de Pensões.

Na segunda ação (T- 4.018.613), o acionante é Jorge Alberto Urieles Leal, atuando como advogado de Emerita Ramos de Wuillerumier. O acionado é Cajanal<sup>41</sup> (Caja Nacional de Previsión Social) e a “Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social” (UGPP), do Ministério da Fazenda e Crédito Público. No

---

<sup>41</sup> Antiga administradora de pensões cujos usuários também foram incluídos no regime de transição previsto pela Lei 100, a Cajanal passou por processo de liquidação depois de escândalos envolvendo má administração e não pagamento de pensões aos seus afiliados. Fontes:  
[http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/acuerdo\\_cajanal\\_0015\\_2003.htm](http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/acuerdo_cajanal_0015_2003.htm);  
[http://www.elcolombiano.com/cajanal\\_responde\\_a\\_solicitudes\\_de\\_pension-PDEC\\_119879](http://www.elcolombiano.com/cajanal_responde_a_solicitudes_de_pension-PDEC_119879);  
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-264916>;  
<http://www.ugpp.gov.co/pensiones/preguntas-frecuentes.html>;  
[http://www.iss.gov.co/portal/index.jsp?cargaHome=3&id\\_subcategoria=316&id\\_categoria=104](http://www.iss.gov.co/portal/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=316&id_categoria=104);  
[https://www.pensionescolumbia.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=81:pensionados-y-cotizantes-de-cajanal-no-tendran-problemas-ante-liquidacion&catid=1:ultimas-noticias&Itemid=18](https://www.pensionescolumbia.com/index.php?option=com_content&view=article&id=81:pensionados-y-cotizantes-de-cajanal-no-tendran-problemas-ante-liquidacion&catid=1:ultimas-noticias&Itemid=18)

caso, alega-se a negação da substituição pensional de seu falecido irmão Norberto Ramos Ballesteros, de quem a acionante, de 90 anos, dependia economicamente. A alegação de Cajanal foi que esta dependência não foi suficientemente demonstrada.

Neste caso, os direitos fundamentais em questão são vida, integridade, dignidade humana, direito à proteção especial das pessoas de terceira idade e dos incapazes, seguridade social, devido processo, mínimo existencial e igualdade. Em primeira e segunda instâncias, a pretensão foi negada, também por conta da não comprovação de dependência.

Esclarecido este panorama geral dos casos, passamos para a decisão.

Na página 12 da decisão, é retomada a sentença T-190 de 1993, que define o *dereito à substituição pensional* como aquele que

permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra, lo cual no significa el reconocimiento del derecho a la pensión sino la legitimación para reemplazar a la persona que venía gozando de este derecho. Los beneficiarios de la sustitución de las pensiones de jubilación, invalidez y de vejez, una vez haya fallecido el trabajador pensionado o con derecho a la pensión, son el cónyuge supérstite o compañero (a) permanente, los hijos menores o inválidos y los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado (...).

Acerca da finalidade deste direito, a Corte entendeu que ele pretende proteger as pessoas que dependiam economicamente de quem era o titular da pensão, evitando que por conta de/ seu falecimento, ficassem desamparadas<sup>42</sup>. A jurisprudência constitucional definiu que o derecho à substituição pensional é fundamental para os beneficiários<sup>43</sup>.

Ainda nesta página da decisão, diz-se claramente que a pensão por morte tem uma estreita relação com o direito ao mínimo existencial e com a vida digna, visto que esta prestação satisfaz as necessidades básicas dos beneficiários, que eram supridas pelo pensionado afiliado. Estas condições outorgam à substituição pensional o carácter de direito fundamental e a converte em uma garantia irrenunciável, imprescritível, indiscutível e certa.

Assim, como destacado na página 15, só resta analisar, nos dois casos, se estava caracterizada a condição de afiliado – ou seja, se podem ser verificadas as 50 semanas de contribuição nos últimos 3 anos anteriores ao falecimento ou se, em outro caso, gozava de uma pensão, como disposto no art. 12 da lei 797 de 2003.

Primeiramente, vamos tratar do caso T- 4.017.076, em que a Corte Constitucional entendeu que ficou comprovada a dependência do filho da filiada. Todavia, diante do silêncio

<sup>42</sup> Sentencia T-1103 de 2000, T-932 de 2008.

<sup>43</sup> Sentencia T-056 de 2013.

da Colpensiones no processo, não foi possível verificar se a filiada cumpriu, de fato, antes de sua morte, o requisito das 50 semanas de contribuição ao Sistema pensional nos últimos 3 anos anteriores à sua morte. Desta feita, a Corte ordenou que a Colpensiones realizasse uma revisão do histórico da filiada e, caso este requisito fosse positivamente verificado, que procedesse com o pagamento da pensão por morte ao filho reclamante ou, em seu lugar, oferecesse indenização substitutiva, conforme o procedimento legalmente estabelecido (p.16).

Trataremos agora do caso T- 4.018.613, em que a senhora Emerita, de 90 anos, tenta obter da Cajanal seu direito à receber a pensão deixada pelo irmão (“substituição pensional”). Neste caso, a Corte entendeu que Emerita cumpria, claramente, com todos os requisitos estabelecidos pela legislação colombiana e, assim, ordenou que Cajanal reconhecesse a substituição pensional (p.18).

Desta forma, assim como na decisão anteriormente analisada, o entendimento da Corte, nesta decisão, foi pelo estreito vínculo entre o direito ao recebimento da pensão e o direito ao mínimo existencial. A novidade que aqui se coloca diz respeito ao especial destaque para a proteção da fragilidade do idoso, que na jurisprudência colombiana, como pode ser verificado também na próxima decisão, recebe especial atenção nos casos referentes à pensão. Todavia, o perigo de se relacionar desta maneira o direito à pensão como condição para a obtenção do mínimo existencial é cair numa argumentação que tende ao infinito, pois inúmeros direitos poderiam, então, ser assim relacionados como condição para uma vida digna – como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, o direito à água potável, o direito à moradia. Ademais, cria-se aqui uma confusão entre o mínimo existencial, que envolve prestações do Estado referentes especificamente aos direitos fundamentais sociais mínimos, e o direito ao recebimento de pensão, que possui outra finalidade e pode ser usado pelo sujeito de direito para os mais diversos fins.

#### **- Sentencia T-011-14**

Trata-se de sentença em ação de tutela (T-001/14, 21 de janeiro de 2014, Bogotá) em que as partes são Adolfo León Acuña Oviedo, advogado de María Wbenceslada Loaiza, contra ISS Pensiones, e Ismael Morales Correa, advogado de María de Jesús Fuentes de Romero, contra COLFONDOS S.A. São analisadas em conjunto, portanto, duas ações: T-3.982.099 e T-4.054.130.

Na ação **T-3.982.099**, foi solicitado ao ISS (Instituto de Seguro Social) o reconhecimento da pensão de sobrevivente em qualidade de cônjuge à senhora María Wbenceslada Loaiza. Todavia, foi negado com base no art.12 da lei 797/2003, que exigia 50

semanas de filiação a serem completadas 3 anos antes do falecimento. No entanto, pelo art.46 da lei 100/93, seria possível receber a pensão (p.30).

Em virtude do princípio da progressividade dos direitos sociais constitucionais, deve-se considerar o regime mais favorável aos interesses da pessoa em questão, especialmente considerando sua velhice (vulnerabilidade) – 76 anos, desempregada e sem filiação à seguridade social; além disso, faltavam apenas 3 semanas para que o falecido cumprisse com o requisito da lei 797/2003 (p.32).

Sobre a definição do princípio da progressividade, a decisão já faz um esclarecimento na primeira página:

El principio de progresividad de los derechos sociales constitucionales, permite al juez constitucional inaplicar una norma que ha entrado en vigencia en consideración que para el caso concreto es más favorable la norma derogada, y la imperiosidad en la solicitud del accionante requiere que esta última sea aplicada para evitar un desmedro en las condiciones de vida. Frente a la aplicación del principio de progresividad sobre el derecho de pensión, y en especial sobre la pensión de sobrevivientes, se ha reconocido que el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 introdujo una medida regresiva al establecer el requisito de las cincuenta semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores al deceso del de cujus.

**Já na ação T- 4.054.130**, trata-se de pensão negada pela morte da filha a uma senhora de 89 anos de idade, María de Jesús Fuentes de Romero (p.34). A senhora dependia economicamente da filha.

Em ambos os casos, a Corte entendeu que os idosos são sujeitos que merecem especial proteção constitucional do Estado e, portanto, negar o recebimento da pensão implicaria impedir o desfrute de uma vida digna, atingindo, assim, o mínimo existencial.

Na página 18, a decisão trata da proteção constitucional especial conferida, na Colômbia, ao idoso. Argumenta-se que, com o passar dos anos, o sujeito perde a habilidade e a vitalidade habituais que ajudariam no seu sustento. Além disso, como consequência da debilidade física, surgem os problemas de saúde, que potencializam as incapacidades e tornam necessária a intervenção do Estado no sentido de proteger estes indivíduos, garantindo seus direitos fundamentais – entre eles, o mínimo existencial.

Ou seja, nesta decisão não há nenhuma novidade em relação às duas anteriores: novamente trata-se do entendimento do direito à pensão como necessário a uma vida digna e, portanto, necessário à concretização do mínimo existencial. E, de forma ainda mais clara que na decisão anterior, destaca-se a especial proteção, nestes casos, à pessoa idosa.

**- Sentença T- 037-14**

Trata-se de uma ação de tutela (T- 037-14 , 30 de janeiro de 2014, Bogotá) em que um idoso de 83 anos (Atanael de la Cruz Pérez Blanquicet) solicita, ao município de Montería, o reconhecimento de pensão por conta de sua qualidade de companheiro permanente da falecida senhora Delma Díaz Yanez, titular original do direito pensional. Após o falecimento, a filha do casal recebeu a pensão até a idade limite para tal, de modo que, a partir deste momento, o companheiro solicita a sua transferência a seu favor. A Corte entendeu que Atanael deve receber a pensão pois este seria um direito imprescritível e o acionante cumpre com todos os requisitos previstos em lei (art.47 da lei 100/93, posteriormente modificado pelo art. 13 da lei 797/2003).

Na primeira página da decisão, a Corte estabelece, mais uma vez, a relação entre a pensão por morte (“pensión de sobrevivientes”) e o mínimo existencial (“mínimo vital”).

**- Sentencia T-101/14**

Trata-se de sentença de Tutela (T-101/14, 25 de fevereiro de 2014, Bogotá) em que é requerida a pensão especial por velhice de mãe ou pai com filho incapacitado.

Na primeira página da decisão, são destacados os requisitos para esta prestação social:

La pensión especial de vejez por hijo inválido es una prestación social a la cual se accede cuando se cumple con los siguientes requisitos: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema.

Em seguida, nas páginas 2 e 3, é estabelecido o problema jurídico: corresponde à Corte Constitucional determinar se a Colpensiones (Administradora Colombiana de Pensiones) violou os direitos fundamentais de petição, de seguridade social, o mínimo existencial e a vida digna de Yomaira Esther Herrera García, por (i) não haver proporcionado resposta à impugnação apresentada pela autora, e (ii) haver negado o reconhecimento e pagamento da pensão especial de velhice por filho inválido, baseada no argumento de que a filiada não cumpria com os requisitos necessários.

A Colpensiones se negava a pagar a pensão pois alegava que Yomaira não estava trabalhando na época do pedido (sendo que isto se deu por conta dos filhos doentes) e, além disso, exigiu requisitos além da previsão legal (lei 100). Desta forma, a Corte Constitucional

colombiana entendeu que houve uma violação, dentre outros direitos, da dignidade humana, da seguridade social e do mínimo existencial, determinando o pagamento da pensão.

#### 4.2 Sentenças do Supremo Tribunal Federal

##### - RE 763667 (22 de outubro de 2013):

Trata-se de agravo regimental contra o provimento do recurso extraordinário em ação em que o Ministério Público (CE) é o agravado e o Estado do Ceará, o agravante. O recurso extraordinário havia sido interposto pelo MP contra acórdão proferido pelo TJ do CE diante de uma apelação da ação civil pública iniciada pelo MP (CE), cuja sentença determinava a nomeação de defensor público para a comarca de Groaíras.

O Ministério Público alega que o acesso ao atendimento integral na Defensoria Pública, na comarca em que residem, configura um direito das pessoas necessitadas, atingindo o âmbito do mínimo existencial. Na ementa, é destacado o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público, afastando-se a alegação da reserva do possível e da ofensa ao princípio da separação dos poderes. Deste modo, o agravo regimental foi improvido.

Em seu voto, o Relator - Min. Celso de Mello, destaca que a Defensoria cumpre papel *essencial* para a *concretização* dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. (p.2-3)

Quanto à competência do Judiciário e o argumento da ofensa à separação de poderes, destaca-se o seguinte trecho (p.6-7):

**Nem se diga que o Poder Judiciário** não disporia de competência para colmatar, “in concreto”, **omissões estatais** caracterizadas **pelo inadimplemento**, por parte do Poder Público, **de dever jurídico** que lhe foi imposto pela própria Constituição da República, **como resulta claro**, presente o contexto ora em exame, do seu art. 5º, **inciso LXXIV, c/c** o art. 134.

**O Supremo Tribunal Federal** firmou entendimento **no sentido de que é lícito**, ao Poder Judiciário, **em face** do princípio da supremacia da Constituição, **adotar**, em sede jurisdicional, **medidas** destinadas a tornar efetiva **a implementação** de políticas públicas, se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal. **A omissão** do Estado – **que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que**, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência

(ou insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um ‘**facere**’ (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.

- **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse ‘**non facere**’ ou ‘**non praestare**’, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público. (...).

(ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, pois, que, na tipologia das situações inconstitucionais, inclui-se, também, aquela que deriva do descumprimento, **por inércia estatal**, de norma impositiva de determinado comportamento – **como aquele** estabelecido no art. 5º, LXXIV, e no art. 134 da Lei Fundamental – atribuído ao Poder Público pela própria Constituição.

Quanto ao argumento da reserva do possível, o Ministro cita a ADPF 45/DF, em que ele próprio foi relator (p.12):

**Não se mostrará lícito**, contudo, ao Poder Público, **criar obstáculo artificial que revele** – a partir **de indevida manipulação** de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo 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 e de gozo de direitos fundamentais.

A crítica cabível a esta jurisprudência diz respeito ao conteúdo do mínimo existencial. Ao contrário do que é afirmado na relatoria da decisão, o acesso à Defensoria Pública, ainda que de suma importância, não constitui núcleo essencial do direito ao mínimo existencial. Ou seja, assim como ocorre na jurisprudência colombiana, o STF também utiliza de forma

arbitrária o termo “mínimo existencial”, esvaziando sua força, dificultando a compreensão de seu significado e atribuindo, de acordo com o caso, os mais diversos conteúdos.

**- RE 581352 (29 de outubro de 2013)**

Trata-se de agravo regimental no recurso extraordinário, cujo relator é o Min. Celso de Mello. O agravante é o estado do Amazonas e o agravado, o MP do Amazonas, que havia interposto ação civil pública visando resguardar o direito à saúde. O agravo refere-se ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do TJ do Amazonas, que foi confirmado em sede de embargos de declaração, acerca dessa ação civil pública. Tanto em primeira quanto em segunda instâncias, entendeu-se pelo direito a um melhor atendimento no sistema de saúde materno-infantil, sendo procedente, portanto, a ação civil pública iniciada pelo MP.

A matéria trata da ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais, baseado no dever estatal de assistência materno-infantil. A reserva do possível é afastada sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). Assim, o recurso de agravo foi considerado improvido pelo STF.

Em seu voto, o relator cita larga jurisprudência<sup>44</sup> do STF sobre a competência do Judiciário diante da omissão do Poder público para fazer cumprir a Constituição e cita também a ADPF 45/DF (p.5).

Neste caso, entendemos que foi corretamente contemplado o direito ao mínimo existencial, uma vez que se trata de prestação *básica* de saúde que deve ser fornecida pelo Estado. Logo, diante da omissão estatal, nada mais razoável que, provocado, o Judiciário atue em defesa da Constituição. Assim, trata-se de um caso que exemplifica de forma clara o que entendemos, nesta pesquisa, se tratar, no Brasil, de mínimo existencial no que diz respeito ao direito à saúde.

**- AI 598212 (março de 2014):**

Trata-se de embargo de declaração recebido como agravo de instrumento, em que o embargante é o estado do Paraná e o embargado, o MP deste estado. O relator é o Min. Celso de Mello. O STF concedeu parcial provimento ao agravo.

---

<sup>44</sup> RE 462.416/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello; AI 134.487 – Agr/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 674.764 – AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli.

Na petição inicial, havia sido requerida a condenação do Estado do Paraná na obrigação de fazer, no intuito de que promovesse a criação, a implantação e a estruturação da Defensoria Pública na comarca de Apucarana.

A sentença emanada do magistrado de primeira instância condenou o Estado do Paraná a cumprir a obrigação “de implantar e estruturar a Defensoria Pública do Estado do Paraná, no prazo de 06 (seis) meses (...)”. A decisão recorrida – que conheceu do agravo de instrumento e deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público local – restabeleceu a decisão de primeira instância.

Nota-se, portanto, que o restabelecimento da sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau ampliou traduz um julgamento “ultra petita”, pois o Estado do Paraná, para além da condenação a ele imposta de criar, implantar e estruturar a Defensoria Pública na comarca de Apucarana, foi ordenado a adotar igual providência em todo o território estadual, caracterizando um julgamento excedente dos limites materiais delineados na ação civil pública.

Todavia, o STF deixou de acolher o pleito deduzido pelo Estado do Paraná na parte em que busca o reconhecimento de que teria havido, na espécie, “*superveniente perda do interesse processual*”, uma vez que, “*já criada a Defensoria Pública, com concurso já realizado*”, restariam, tão somente, “*trâmites administrativos finais para nomeação dos defensores públicos aprovados (...)*”. Isto porque não foi comprovado o *real funcionamento* da Defensoria na comarca, não sendo suficiente, para a efetivação do direito, uma lista com vagas preenchidas. O que se faz necessário é o *real atendimento*, o que não foi configurado.

Na página 12 há uma repetição do trecho citado no julgamento do agravo regimental da **RE 763667**, iniciado com “*Nem se diga que o Poder Judiciário não disporia de competência para colmatar, “in concreto”[...]*”. E na página 19, já ao final da relatoria da decisão, é retomada a ADPF 45.

Ou seja, o que se percebe, nesta decisão, é mais um caso de indevida relação entre mínimo existencial e Defensoria Pública. Ademais, outra crítica cabível diz respeito à repetição de trechos nas decisões encontradas sobre o tema e a ausência de produção nova, desde a ADPF 45, que é de 2004. O que se espera de uma Corte Constitucional é que ela seja parâmetro para a construção do pensamento e sua consequente aplicação. Mas o que se verifica, durante as análises tanto da jurisprudência colombiana quanto da brasileira é que a doutrina evoluiu com mais velocidade que as Cortes, o que contribui para um descompasso entre a teoria estudada e a aplicação do Direito.

Nos parece, portanto, de suma importância a elaboração de sentenças estruturais no formato do projeto de lei 8058/2014, que permite uma maior integração entre a produção acadêmica, a sociedade civil, as instituições administrativas e o judiciário. É contraproducente que todos estes entes trabalhem de forma desconectada, pois perde-se em avanço teórico e, principalmente, no momento da transposição efetiva da teoria para a prática. Ademais, um trabalho em conjunto, corretamente direcionado e constantemente monitorado permite soluções a longo prazo, permite a elaboração de políticas públicas que evitem a perpetuação do problema – enquanto um trabalho desconectado da realidade e dos demais organismos envolvidos só leva a uma perda de energia, de conhecimento e de dinheiro público, muitas vezes focando em decisões de caráter emergencial sem o suporte de uma estrutura que permita eliminar ou diminuir o problema de forma mais definitiva.

- **RE 658171** (abril de 2014)

Trata-se de agravo regimental no recurso extraordinário interposto diante de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal perante a União, em defesa do meio ambiente.

Em seu voto, o relator Min. Dias Toffoli alega a obrigação da União em recuperar a barragem de Poço Branco, com base no art.2º, III, da Lei 4229/63 e também por conta da garantia do mínimo existencial (art. 5º, caput, Lei Maior). A violação do mínimo existencial aqui diz respeito à constante perda de água, para fins de armazenamento, na região do semi-árido nordestino. (p.3)

Na página 5, o relator começa a listar uma série de precedentes que justificam a atuação do Judiciário sem que isso implique em violação do princípio da separação de poderes. E, neste sentido, afirma:

[...]Supremo Tribunal Federal, pacificada no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes[...]

Neste sentido, continua afirmando, na p.14, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a Administração não pode justificar a frustração de direitos essenciais previstos na Constituição da República sob o fundamento de insuficiência orçamentária.

O que se extrai desta decisão, portanto, é mais um entendimento equivocado do conteúdo do mínimo existencial. Mais uma vez, a jurisprudência extrapola ao incluir o direito ao meio ambiente equilibrado dentro desta temática.

Desta forma, depois da análise de todas estas decisões, fica ainda mais evidente a necessidade de um Projeto de Lei como o 8058/2014, que aponte de vez para um consenso acerca do conteúdo do mínimo existencial e, além disso, estabeleça claramente os parâmetros de atuação do Judiciário neste sentido.

## 5. Conclusões

O primeiro ponto conclusivo diz respeito à fundamentalidade dos direitos sociais. Entendemos que o caráter essencial destes direitos, conferido pela Constituição, não deixa dúvidas de que se trata de direitos fundamentais, cuja concretização é exigível do Estado pelo fato de serem direitos subjetivos.

Todavia, dentro dos direitos fundamentais sociais, dois direitos destacam-se como os mais urgentes e factíveis, na realidade brasileira, para a concretização do princípio da dignidade humana: o direito à educação e à saúde, cujos núcleos essenciais correspondem ao conteúdo do mínimo existencial.

Desta forma, o *conceito* de mínimo existencial será norteado pela ideia de concretização do princípio da dignidade humana em sua amplitude mínima, ou seja, “mínimo existencial” corresponde à parcela mínima de direitos necessários ao indivíduo para que ele possa exercer o mínimo de liberdade fática – o que implica em uma liberdade real de escolhas (autonomia) e, portanto, em uma vida minimamente digna.

Assim, nos posicionamos ao lado de Robert Alexy, que considera que o direito ao mínimo existencial tem estrutura de *regra* e que, portanto, não pode ser suscetível de ponderação e é plenamente exigível do Estado.

Contudo, o *conteúdo* deste mínimo existencial variará de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do contexto em que o indivíduo se insere. Assim, uma parcela mínima de educação, saúde ou moradia corresponderá a prestações diferentes quando tratamos de países mais ou menos desenvolvidos. O ponto relevante e conseqüentemente o elemento essencial do conceito de *mínimo existencial* é que é *condição* para seu exercício que o indivíduo se encontre em *estado de carência financeira*, necessitando, portanto, da ação positiva do Estado. Desta forma, entendemos que, no Brasil, o ensino fundamental e a saúde básica são as prestações correspondentes ao conteúdo do mínimo existencial.

Neste ponto, cabe destacar os 45 importantes enunciados elaborados em 2014 para auxiliar na determinação dos parâmetros de um nível elementar de saúde. Os enunciados interpretativos sobre direito da saúde foram elaborados por magistrados, integrantes do Ministério Público, de Procuradorias e da Advocacia, além de gestores, acadêmicos e profissionais da área da saúde. Um dos temas dos enunciados é justamente o fornecimento de tratamentos e medicamentos pelo SUS: segundo o enunciado nº4, existe a possibilidade de

determinação judicial do fornecimento de um medicamento pelo SUS, ainda que este não conste na lista dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCTD).<sup>45</sup>

Importa destacar, neste ponto, que nossa conclusão quanto ao conteúdo mínimo do direito à educação, no Brasil, destoa da previsão legislativa, como foi demonstrado. A lei brasileira prevê, até 2016, a universalização do ensino médio gratuito. Por óbvio, não nos posicionamos contra o objetivo da lei; todavia, entendemos que, no contexto brasileiro e, comparativamente a contextos socioeconômicos mais favoráveis, como o alemão, o *mínimo existencial*, neste caso, corresponde apenas ao ensino fundamental.

Quanto à saúde, entendemos que tanto prestações preventivas quanto curativas são abarcadas pelo *mínimo existencial*, desde que razoáveis e compatíveis com a realidade econômica e social brasileira, como foi detalhadamente explicado em capítulo próprio.

Quanto ao estudo jurisprudencial, entendemos que, tanto no Brasil quanto na Colômbia, houve pouco avanço sobre a definição do conceito e do conteúdo do mínimo desde as primeiras decisões sobre o assunto.

No Brasil, são recorrentes as referências à ADPF 45 e a repetição de argumentos e conceituações vazias sobre o termo, como ficou claro na análise das decisões. A justiciabilidade, no período avaliado, tratou da existência de Defensoria Pública, do direito à saúde e do direito ao meio ambiente. Isto é reflexo de dois pontos: um, observado também na doutrina, é a constante vinculação dos temas “mínimo existencial” e “justiciabilidade” ao direito à saúde, em detrimento de análises mais profundas em relação aos outros direitos fundamentais sociais; outro ponto é o uso indiscriminado, tanto por parte da doutrina quanto pelo Judiciário, do termo “mínimo existencial”, vinculando-o aos mais diversos tipos de direito, o que dificulta ainda mais uma determinação precisa do conteúdo do mínimo brasileiro. Pode-se traçar um paralelo com o termo “dignidade humana”, que também é frequentemente usado sem maiores critérios, o que contribui para o esvaziamento de sua força e significado.

Quanto à Colômbia, não podemos afirmar precisamente qual seria o conteúdo do mínimo existencial no que diz respeito ao direito à educação e ao direito à saúde, que era o nosso objetivo no ponto comparativo ao Brasil. Como foi colocado, nenhuma das sentenças da Corte Constitucional colombiana tratou, no período analisado, do direito à educação ou à saúde, mas sim do direito previdenciário, do direito ao recebimento de pensões.

---

<sup>45</sup> O CNJ disponibilizou online estes enunciados: <  
[http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I\\_jornada\\_forum\\_saude/\\_ENUNCIADOS%20APROVADOS%20NA%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20DA%20SADE%20-%20PLENRIA%2015-5-14\\_revisado%20Carmem%203.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/_ENUNCIADOS%20APROVADOS%20NA%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20DA%20SADE%20-%20PLENRIA%2015-5-14_revisado%20Carmem%203.pdf) >

Importa também destacar a razoabilidade da atuação do Judiciário em prol do mínimo existencial, especialmente diante da omissão do Executivo e do Legislativo. Não porque entendemos o Judiciário como herói, como chegam a sugerir alguns autores contrários à justiciabilidade dos direitos, mas porque argumentos orçamentários e referentes à reserva do possível mostraram-se incoerentes com os últimos acontecimentos dentro da própria esfera jurídica. A sociedade tem assistido, perplexa, a aquisição de mais privilégios, na forma de auxílios e remuneração extra, a uma classe que já detém muito mais que o mínimo existencial<sup>46</sup>. Não faz sentido aplicar o argumento da reserva do possível nos casos em que a população carente recorre ao judiciário para obter prestações básicas de saúde e educação quando consideramos um contexto social em que auxílios neste mesmo sentido são oferecidos aos que já contam com a satisfação destes direitos. Ou seja, não se pode falar em reserva do possível se os recursos públicos não são sempre aplicados de acordo com as prioridades estabelecidas pela própria Constituição.

---

<sup>46</sup> Em janeiro de 2015, novas medidas tomadas pelo Estado limitaram uma série de direitos trabalhistas, ao mesmo tempo em que magistrados, de acordo com o anteprojeto do Estatuto da Magistratura, aguardam a criação, em nível nacional, de normas para concessão de auxílios creche, alimentação e transporte. Cabe destacar que muitos estados já possuem regras próprias de concessão de benefícios: em MG, desembargadores e juízes contam com os auxílios para moradia, saúde, creche e alimentação que garantem uma renda extra de quase R\$ 9.000,00 por mês. Cf.: MOTTA, Denise. *Pacote de regalias prevê bancar estudo de juiz fora do país*. Publicado em 19 de janeiro de 2015, no jornal “O Tempo”. Disponível em: < <http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/pacote-de-regalias-prev%C3%AA-bancar-estudo-de-juiz-fora-do-pa%C3%ADs-1.975885>> último acesso em: 22 de janeiro de 2015. Outra notícia no mesmo sentido foi publicada no jornal “Estadão”, destacando o auxílio-moradia de 4,3 mil reais mensais recebido por integrantes da cúpula do Judiciário e do Ministério Público Federal. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,judiciario-e-mpf-pagam-moradia-ate-de-quem-tem-casa-propria,1621323> >

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, Balancing, and Rationality**. Ratio Juris, vol.16, nº2, p. 131-40. Kiel: junho de 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Discourse Theory and Fundamental Rights**. In: Menéndez, A.J.; Eriksen, E.O. *Arguing Fundamental Rights*, p.15-30. Nova Iorque: Springer, 2006.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 91, pag. 11-29. Madrid: fev-abr , 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borda. 1.ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?**, p.79-99. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et* TIMM. Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005.

ARANGO, Rodolfo. **Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia: aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latino América**. In: BOGDANDY, Armin Von et al. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales : hacia un ius constitutionale commune em América Latina*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014. Disponível em: < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3063> > Último acesso: 03 de janeiro de 2015. ISBN: 97860227707.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata.** Revista da Defensoria Pública - Ano 1 - n. 1 - jul./dez. 2008, p.133- 160.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In: TOLEDO, Cláudia (org.). *Direitos sociais em debate*. P.159-187. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 maio 2014.

BRASIL. **Lei das diretrizes da educação básica.** Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Ministério da Educação.** Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&id=210&Itemid=324](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=210&Itemid=324)>. Acesso em: 03 junho 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, São Paulo. Relator: Ministro Celso De Mello. Data da publicação: 15/09/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 22 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **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](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 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 10.836*, de 09 de janeiro de 2004. Brasília, 2004a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Bolsa Família. *Valores dos Benefícios*. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/valores-dos-beneficios>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego. *O que é o PRONATEC*. Brasília: 2012b. Disponível em: <<http://pronatecportal.mec.gov.br/pronatec.html>>. Acesso em: 17 abr. 2012.

BONILLA, María Fernanda Huertas. **El Derecho al mínimo vital**. P.61-69. Bogotá: Cuadernos de Derecho Público, 2011.

CADENA, Nathalie Barbosa de La. **Criticismo e Fenomenologia: fundamentos filosóficos para a universalização dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UFRJ/IFCS, 2010.

CAMARA, Guilherme Dornelas; MISOCZKY, Maria Ceci. **Os Programas Sociais de Combate à Pobreza na Argentina e no Brasil: abordagens teóricas e repercussões**. ORGANIZAÇÃO E PRÁXIS LIBERTADORA, Grupo de pesquisa. ORGANIZAÇÃO E PRÁXIS LIBERTADORA. Farol - Revista de Estudos Organizacionais e Sociedade, [S.l.], n. 1, p. 252-319, ago. 2014. ISSN 2358-6311. Disponível em: <<http://web.face.ufmg.br/face/revista/index.php/farol/article/view/2610>>. Acesso em: 03 Jan. 2015.

CANOTILHO, J. J. GomesLeoncy, Léo FerreiraMendes, Gilmar FerreiraSarlet, Ingo WolfgangStreck, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasil: Editora Saraiva, 2013.

CARREÑO, Carlos Alberto Lerma. **El derecho a la educación en Colombia** - 1a ed. - Buenos Aires: Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, 2007.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERES, Juan Carlos; MANCERO, Xavier. **El método de las necesidades básicas insatisfechas (NBI) y sus aplicaciones en América Latina**. Chile: Serie Estudios Estadísticos y Prospectivos, No.7, 2001. Disponível em: < <http://www.cepal.org/es/publicaciones/el-metodo-de-las-necesidades-basicas-insatisfechas-nbi-y-sus-aplicaciones-en-america> > Acesso em: 31 de janeiro de 2015.

FRANCO, Diana Rodríguez; GARAVITO, César Rodríguez. **Cortes y cambio social**. Bogotá, DeJusticia, 2010.

GAÑAN, Jaime. **Da tutela em saúde pela defesa da dignidade humana**. Revista Monitor Estratégico. Superintendencia Nacional de Salud, No.5, p.12-16. Bogotá: Janeiro-Junho, 2014.

GAÑAN, Jaime. **De la naturaleza jurídica Del derecho a la salud en Colombia**. Revista Monitor Estratégico “Órganos de control de América Latina- Supersalud 35 años”.Superintendencia Nacional de Salud, No. 3, p.7-19. Bogotá: Janeiro-Junho, 2013.

MARÍN, Gloria Molina et al. **Tensiones en las decisiones en salud pública en el sistema de salud colombiano: el bien común em confrontación con los intereses y prácticas particulares**. Medellín: Pulso & Letra Editores, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Coimbra: Edições 70, 1986.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Fabris, 2011.

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

NOGUERA-FERNÁNDEZ, Albert; CRIADO DE DIEGO, Marcos. **La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina.** *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), p.15-49. Bogotá: 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10 ed. Ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** *Revista Doutrina TRF4*, 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 13 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **O Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia.** *Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2014.

TEJEDOR ESTUPIÑÁN, Joan Miguel. **La Constitución Política de 1991 y los derechos sociales, alternativa para superar la pobreza en Colombia.** Tunja: *Apuntes del CENES*, 2011, Vol.30(51), pp.103-139.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?**, p.51-62, In: SARLET, Ingo Wolfgang et TIMM. Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**, p.63-78. In: SARLET, Ingo Wolfgang et TIMM. Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** 2ª tiragem, 2009. Ed. Renovar.

SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia.** *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13,(1), p. 75-107. Bogotá: 2011.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos.** *Verba Juris*, ano 4, nº 4, jan/dez 2005, p.96.

SOTELO, Luis Carlos. **Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas: los casos Del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos.** *Archivos de Macroeconomía - Departamento Nacional de Planeación, Unidad de Análisis Macroeconómico.* Colombia, Documento 133, 23 de fevereiro de 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do ; GOUVÊA, Carina B. **Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial.** In: Terezinha de Oliveira Domingos, Jaqueline Mielke, Caroline Ferri.. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas I.* 1ed. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014, p. 222-248.