

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

MICHÉLLE CHALBAUD BISCAIA HARTMANN

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
LIMITAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL?**

**CURITIBA
2010**

MICHÉLLE CHALBAUD BISCAIA HARTMANN

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
LIMITAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier.

**CURITIBA
2010**

H333

Hartmann, Michéle Chalbaud Biscaia.

A judicialização do direito fundamental à saúde: limitação ao mínimo existencial?/ Michéle Chalbaud Biscaia Hartmann. – Curitiba: UniBrasil, 2010.

209p. ; 29 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2010. Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito à saúde. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

MICHÉLLE CHALBAUD BISCAIA HARTMANN

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: LIMITAÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL?

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, pelo programa de Pós- Graduação em Direito da UniBrasil – Faculdades Integradas do Brasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil

Membros:

Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon

Prof. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Curitiba, 08 de julho de 2010.

Aos meus pais, Jane e Antônio, pelo apoio,
carinho e compreensão durante toda a minha
jornada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Para alcançar meus objetivos muitos foram os desafios enfrentados, particularmente pela necessidade de aprofundamento nas Teorias de Direito Constitucional e dos Direitos Fundamentais. Trabalho árduo, mas gratificante. Lapidador de uma nova visão do Direito, para uma acadêmica formada no interior do Paraná e que pouco contato tinha com os grandes catedráticos.

É claro que essa caminhada não foi solitária, motivo pelo qual tenho muito a agradecer a todos os professores do Curso de Mestrado da UniBrasil, que em suas disciplinas me trouxeram mais do que respostas, inquietudes e muita leitura, indispensáveis para construção de arrimo seguro, os embasamentos teóricos.

Em especial, são os agradecimentos ao meu orientador Professor Paulo Ricardo Schier que, na condução científica, não mediu esforços para me incentivar na pesquisa sobre o tema desta dissertação, viabilizou o acesso a materiais, fez suas críticas e me proporcionou segurança para seguir em frente na estruturação do conhecimento.

Aos professores Marco Aurélio Marrafon e Marcos Augusto Maliska, que na condição de avaliadores, na banca de qualificação, com o intuito de aperfeiçoar o trabalho, trouxeram importantes contribuições em suas observações.

À Doutora Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, ilustre Ministra do Supremo Tribunal Militar, grande estudiosa do Direito Constitucional, pelo tempo gentilmente dispendido na leitura e avaliação desta dissertação e pela confiança depositada. Seus apontamentos me honram.

Aos meus colegas de turma, pelos conhecimentos e experiências compartilhadas nos intensos debates e cujo desafio da convivência quase que diária ajudou a superar o cansaço das extenuantes horas de leitura, elaboração de trabalhos e fichamentos.

Aos meus amigos (que sabem quem são!), por dividirem comigo as dificuldades, angústias e os nervosismos, que compreenderam as minhas ausências e irão comemorar sempre as minhas vitórias.

E, por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente possam ter colaborado para o aperfeiçoamento deste trabalho, estimulando o cumprimento de mais essa meta. Não conseguiria sem a colaboração de todos vocês.

*“(...) Pelo amor de Deus alguém me ajude!
Eu já paguei o meu plano de saúde
mas agora ninguém quer me aceitar
E eu tô com dô, dotô, num sei no que vai dá!
Emergência! Eu tô passando mal
Vô morrer aqui na porta do hospital
Era mais fácil eu ter ido
direto pro Instituto Médico Legal
Porque isso aqui tá deprimente, doutor
Essa fila tá um caso sério
Já tem doente desistindo de ser atendido
e pedindo carona pro cemitério
E aí, doutor? Vê se dá um jeito!
Se é pra nós morrê nós qué morrê direito
Me arranja aí um leito que eu num peço mais nada
Mas eu num sou cachoro pra morrer na calçada
Eu tô cansado de bancar o otário
Eu exijo pelo menos um veterinário*

*Me cansei de lero lero
Dá licença mas eu vou sair do sério
Quero mais saúde
Me cansei de escutar(...)”*

*Sem Saúde
Gabriel Pensador*

SUMÁRIO

RESUMO	i
ABSTRACT	ii
INTRODUÇÃO.....	01
1. O MÍNIMO EXISTENCIAL PARA A SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	05
1.1.A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	08
1.2 PANORAMA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	30
1.3 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS AO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	46
1.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS OU DIREITO AUTÔNOMO?	67
2. DOCTRINA SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	83
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	85
2.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EFETIVIDADE JUDICIAL.....	94
2.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EFETIVIDADE JUDICIAL	111
2.4 QUAL O CAMINHO A SEGUIR?.....	144
3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O PANORAMA NACIONAL DA JURISPRUDÊNCIA.....	153
3.1 PERSPECTIVAS DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	155
3.2 ALGUNS PARÂMETROS PARA LIMITAR A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE	172
3.3 SEDIMENTANDO A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	183
CONCLUSÕES	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	198

RESUMO

O ativismo judicial e a judicialização do direito à saúde estão na esfera de enfrentamento da crise de efetividade que assola os direitos sociais e são o cerne das preocupações aqui desenvolvidas sob o viés do Direito Público. É que o direito à saúde, mesmo positivado na Constituição e dotado de aplicabilidade imediata, para efetivar-se concretamente exige a leitura do texto a partir da noção de garantia, visando à promoção da dignidade humana e do livre desenvolvimento do bem-estar social. Assim, diante da estrutura principiológica dos direitos sociais, impõem-se o tratamento da saúde como direito complexo e *prima facie* e não como direito absoluto, no sentido de que se deve ponderar os interesses e valores envolvidos no caso concreto, a fim de se estabelecer o seu conteúdo definitivo. Portanto, visando quantificar o dever Estatal para com a saúde individual e coletiva, explora-se as limitações externas impostas pela reserva do possível e a garantia de direitos mínimos, sedimentando-se o entendimento de que, apesar do custo de todos os direitos, o que corresponde ao mínimo para uma vida digna, com liberdade e qualidade o Estado tem o dever de garantir em nível máximo, destinando recursos no orçamento e criando políticas públicas mais eficazes. Caso os poderes originariamente legitimados sejam omissos ou ineficientes, atribuir-se-á ao Judiciário a competência para resolver o problema, de modo que o ativismo seja racional, criterioso e fundamentado. Deste modo, no Estado contemporâneo, o Judiciário, em novo arranjo da separação dos poderes, representa o guardião da Constituição e cria condições para a democracia. Logo, partindo da confrontação teórica entre os contrários e os favoráveis à implementação judicial do direito à saúde, outra não poderá ser a conclusão senão admiti-la, o que aparece nas decisões do Supremo Tribunal Federal, constatando-se a ocorrência de uma judicialização sistemática, fomentadora da segurança jurídica. Visando solucionar a fundo a concretização real da saúde, finalmente, aponta-se para a valorização de instrumentos de democracia participativa, a reestruturação do sistema econômico e financeiro do Estado e a adoção de instrumentos jurídicos coletivos.

Palavras chave: judicialização; direito à saúde; mínimo existencial; custo dos direitos.

ABSTRACT

The judicial activism and the judicialization of the right to health is in the sphere of confrontation of the effectiveness crisis that devastates the social rights and is the core of the concerns here developed under the bias of the Public Law. The right to health, even been in the Constitution Law and endowed with immediate applicability, to accomplish itself concretely demands the interpretation of the text from the guarantee notion, aiming the promotion of the human being dignity and the free development of the social welfare. Thus, facing the principle structure of the social rights, it is imposed the treatment of the health as a complex right and *prima facie* and not as an absolute right, in the sense that it must be pondered the involved interests and values in the concrete case, in order to establish its definitive content. Therefore, aiming to quantify the State's duty to the individual and collective health, one explores the external limitations imposed by the reserve of the possible and the guarantee of minimum rights, consolidating the agreement of that, although the cost of all the rights, what corresponds to the least for a worthy life, with freedom and quality the State has the duty to guarantee in a maximum level, predetermining resources in the budget and creating more efficient public politics. Being the case where the power originally legitimated are negligent or inefficient, the Judiciary will be attributed the competence to solve the problem, once the activism is rational, judicious and fundamental. In this way, in the contemporary State, the Judiciary, in a new arrangement of Power separation, will represent the guard of the Constitution and will create conditions for the democracy. Therefore, starting from the theoretical confrontation between those who are against and for the judicial implementation of the right to health, there could be no other conclusion but to admit it, what appears in the decisions of the Supreme Federal Court, evidencing the occurrence of a systematic judicialization fomenting the legal security. Aiming to deeply solve the real concretizing of the health, finally it points to the valuation of instruments of a more participative democracy, the reorganization of the economic and financial system of the State and the adoption of collective legal instruments.

Key words: judicialization; right to health; existential minimum; cost of rights.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Poder Judiciário tem se deparado com uma avalanche crescente de processos, em sua maioria, individuais e alguns poucos coletivos, envolvendo a concretização dos direitos sociais abstratamente previstos no texto constitucional. É que, apesar de consagrados na Constituição Federal de 1988, atualmente, os direitos sociais passam por um momento de crise de efetividade, pois esses exigem uma atuação positiva ou negativa do Estado visando garanti-los e muitas são as justificativas da administração pública para não implementar políticas sociais, além, é claro, das omissões ou insuficiências legislativas.

Essa realidade fica mais evidente quando se trata do direito à saúde, na especificidade do fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não cobertos pelo Sistema Único de Saúde ou que, mesmo previstos nos protocolos, deixam de ser realizados em razão da ausência de verbas orçamentárias, atendimento de outras prioridades, manutenção da estrutura básica do sistema de saúde, dentre outras.

Sendo assim, será possível constatar que muitos são os argumentos para justificar a inação ou ineficiência governamental na implementação dos direitos sociais ou, de outro turno, para se admitir uma postura ativista do Poder Judiciário. Neste cenário, urge à doutrina enfrentar o problema da efetividade dos direitos sociais com toda a sua complexidade. Em especial, com relação à perplexidade de se estar inserido em um Estado Democrático de Direito e não se ter garantido e organizado o exercício do direito à saúde na maior medida possível, de acordo com os recursos existentes, conjugando as melhores técnicas, os menores custos e a eficiência dos resultados.

Pois, o direito à saúde é direito fundamental social de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, desenvolvidas pelos poderes públicos, visando tanto a redução dos riscos de doenças, como o acesso universal e igualitário às ações e serviços visando a sua promoção, proteção e recuperação (artigo 196, CF/88). Veja-se que da perspectiva normativa constitucional, imperiosa a proteção integral da saúde de toda a população.

Contudo, como o avanço das ciências biológicas e da medicina é rápido, muitos são os benefícios oferecidos para a recuperação da saúde e para a prevenção de doenças de grandes populações, gerando infinitas necessidades, porém limitada é a capacidade do Estado para financiar esse sistema público de saúde instituído. E como o texto constitucional prevê a universalização desse direito como um dever do Estado para com todos os cidadãos e a igualdade de acesso às prestações de saúde, o que se observa é um conflito entre a garantia individual da prestação necessária para manutenção da vida e da integridade física, psíquica e social do cidadão e a distribuição coletiva, para toda a sociedade, de assistência básica.

Deste modo, estabelece-se a grande controvérsia jurídica objeto de investigação desta pesquisa, o limite da atuação judicial para a implementação do direito à saúde, pois é evidente que há que se reconhecer a legitimidade de se buscar a tutela judicial quando o Estado nega a prestação ao direito, seja porque a política pública não é executada; ou porque há política pública, mas ela é insuficiente e não acompanha as inovações médicas; ou porque não há uma política pública definida.

Com efeito, as perguntas cujas respostas se constituirão o cerne desta investigação são três: (i) o ativismo judicial estaria restrito à garantia do mínimo existencial? ou (ii) tal ativismo teria um campo maior de atuação? ou (iii) estaria a atuação do Judiciário limitada pela escassez de recursos, fator este que exigiria do juiz a adoção da prática de, ao examinar o caso concreto, contrapor reserva do possível *versus* mínimo existencial?

Todas essas nuances serão analisadas a partir do pilar da Teoria dos Direitos Fundamentais e estão limitadas, por questões metodológicas, aos ditames do Direito Público. Destarte, para embasar toda a discussão do direito à saúde no Brasil, primeiramente traz-se à colação a estrutura dos direitos sociais para estabelecer o seu tratamento jurídico como direitos subjetivos *prima facie*, afastando-se o caráter absoluto. Na sequência, delineando-se o panorama do direito sanitário, com seu conteúdo, titularidade, fundamentalidade, características e tratamento normativo, procura-se conformar uma medida para esse dever estatal, o que conduzirá para o que se consagrou por “mínimo existencial”. Sendo assim, depois de percorrer todo o

caminho visando estabelecer uma aproximação conceitual ao que seria o mínimo existencial, como algo além do que é vital, segue-se a noção de garantia pelo Estado, por meio de prestações positivas e, em alguns casos, negativas, de ao menos um mínimo de bens necessários e essenciais para se ter uma vida digna, firmando-o como um direito autônomo.

Num segundo momento, serão realizados alguns esclarecimentos sobre as normas constitucionais que instituem os direitos fundamentais, no que toca à sua eficácia e aplicabilidade. Assim, a partir de uma visão de efetividade que representa a possibilidade de realização do direito em concreto, visando cumprir a sua função social, tem-se que o direito à saúde é norma imediatamente aplicável/exigível, mesmo quando há certa variação no grau dessa efetividade, refletindo-se no fato de ao menos no que tange ao mínimo existencial o Poder Judiciário poder implementar.

Superadas tais premissas, aponta-se sistematicamente os posicionamentos contrários e favoráveis à implementação judicial do direito à saúde encontrados nos debates doutrinários modernos, a fim de se tentar determinar, com base na discussão filosófica entre o substancialismo e o procedimentalismo, qual o caminho a seguir diante da realidade jurídica e social brasileira.

Restando demonstrados os principais posicionamentos e firmada uma nova teoria para a separação dos poderes, finalmente, passa-se a explorar os reflexos de toda essa complexa discussão nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Observando-se nas fundamentações, os avanços e eventuais retrocessos para a concretização do direito à saúde e a tendência a uma maior proteção do mínimo existencial em detrimento de questões orçamentárias não fundamentadas. Além de se elucidar a noção de que não se está a conceder tudo a todos, mas que a atividade judicial deve ser fundamentada e baseada em certos critérios, que limitam o ativismo a uma racionalidade.

Demonstrando-se, desta maneira, que o Supremo Tribunal Federal sistematicamente vem garantindo o direito à saúde individualmente, concretizando a norma constitucional, até porque esta Corte é sem dúvida a guardiã da força normativa da Constituição e fomentadora da segurança jurídica aos cidadãos. Mas, sem se descuidar que a solução ao problema da efetividade vai mais a fundo e deve ser

buscada na promoção de uma democracia participativa, no desenvolvimento de instrumentos orçamentários e de gestão e na maior adoção de instrumentos processuais coletivos, para que o direito abstratamente previsto se torne uma garantia para a coletividade, privilegiando a universalidade e o tratamento igualitário exigidos pelo texto constitucional.

1 O MÍNIMO EXISTENCIAL PARA A SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.

Após longo período do constitucionalismo, em que as preocupações residiam principalmente nas garantias dos direitos individuais e na sua positivação nos ordenamentos jurídicos, hodiernamente se está às voltas com os problemas relacionados com a efetivação dos direitos fundamentais, em especial no que tange aos direitos sociais¹, pois além da dimensão meramente defensiva, compreendem uma dimensão prestacional, que exige do Estado uma conduta, uma ação, no sentido de implementá-los.

Com efeito, considerando que a mera positivação do conteúdo dos direitos fundamentais em uma carta constitucional não resolve o problema da sua eficácia jurídica e material, torna-se necessária uma leitura do valor da Constituição enquanto garantia dos direitos fundamentais, de modo que os valores e bens nela contidos sejam tidos como uma pauta mínima que vincula a todos, até mesmo o Estado, deixando a Carta Magna de ser considerada mera carta de intenções ou programa de governo².

Diante deste novo panorama constitucional, em que se privilegiam os direitos fundamentais e se tem na dignidade da pessoa humana a base do Estado e da sociedade o objetivo maior a ser alcançado, faz-se mister efetivar esses direitos e garantias ao menos em níveis básicos.

Aqui importante fazer um parênteses para apontar algumas diferenças conceituais entre os *direitos* e as *garantias*, isto com o intuito de propiciar uma maior precisão terminológica. A Constituição ao estabelecer princípios e positivar valores jurídicos, atribui aos indivíduos “direitos” que, por terem certo grau de abstração, estão sujeitos a diversos graus de concretização e a condições fáticas e jurídicas. Já a

¹ Certamente os direitos sociais iniciam sua fase de positivação ainda no momento do constitucionalismo. Mas é no âmbito do neoconstitucionalismo que se desenvolvem as estratégias relacionadas com sua efetivação.

² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 94

situação decorrente de uma “garantia” é diferente, pois é meio de defesa de um direito, modo de torná-lo eficaz³.

Deste modo, como assevera Paulo Bonavides a garantia se coloca diante do direito, não podendo ser com ele confundida. Havendo impropriedade ao se conectar diretamente a noção de garantia com a Constituição, pois dizer que não foi preservada uma garantia, não é o mesmo que afirmar a inexistência de um direito. A garantia é justamente acionada quando houver violação de um direito⁴.

Partindo dessas premissas, pode-se afirmar que no texto constitucional, as disposições declaratórias estabelecem a existência de *direitos* e as disposições assecuratórias limitam o poder, protegendo e *garantindo* o direito. É seguindo esta esteira que se pode reafirmar que “de nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos⁵.”

Na mesma linha acima exposta aponta J.J. Gomes Canotilho, que sustenta que as garantias, apesar de poderem ser consideradas como direitos, possuem também um caráter instrumental, no sentido de proteção dos direitos. Portanto, elas representam o “direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos” e “o reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade⁶”.

³AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 526-527. No mesmo sentido, segue explicitando a diferença entre direitos e garantia: “*Direito* é faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil” (Ibidem, p. 528).

⁵Ibidem, p. 532. Ao encontro desta noção de que não há que se falar em direito se não existir um meio de fazê-lo existir, ou seja, uma forma jurídica de garanti-lo é o pensamento de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. (DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 71)

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396. Não se pode olvidar que, ao mesmo tempo que Canotilho traça uma distinção classificatória genérica entre direitos e garantias (como referido no corpo deste trabalho), faz também diferenciação entre o regime geral dos direitos fundamentais e o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, em razão desses estruturarem o Estado Democrático de Direito, (Ibidem, p. 415 e ss), apontando alguns traços deste regime diferenciado como: a aplicabilidade

Destarte, adentrando-se na significação do vocábulo *garantia*, concebe-se a ideia de proteção direta e imediata dos direitos fundamentais, através dos remédios jurisdicionais próprios, previstos na própria ordem constitucional, que é uma das perspectivas que podem ser estudadas dentro do problema da judicialização dos direitos sociais.

Destaque-se, porém, que aqui se está a fazer a diferenciação entre *direito* e *garantia* simplesmente para se cumprir uma finalidade didática, devendo ser ressaltado contudo, que não cabe neste momento o aprofundamento nem no conceito de garantia, nem nas garantias constitucionais propriamente ditas – caso contrário, capítulos teriam de ser dedicados a instrumentos processuais como o mandado de segurança, o de injunção e o habeas corpus, por exemplo – e cá isto não terá lugar – repita-se.

A problematização está focada no direito social específico, a saúde e não nos remédios processuais adequados para garanti-los e efetivá-los, razão pela qual, num primeiro momento será demonstrada a estrutura dos direitos fundamentais sociais na ordem constitucional, verificando se foi superada a ideia de que tais direitos sejam meras normas programáticas, apontando a inadequação do seu uso como direitos subjetivos definitivos. O estudo analisará também o direito social em sua dupla dimensão – objetiva e subjetiva - para, ao final, trazer à colação a ideia dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos garantidos *prima facie*.

Na sequência, traça-se um panorama genérico sobre o direito social à saúde, buscando estabelecer se há uma medida para esse dever estatal, conduzindo a discussão para a teoria do mínimo existencial. Sendo assim, destaca-se a relação existente entre o conteúdo mínimo dos direitos sociais básicos e a noção de mínimo existencial, realizando-se algumas digressões a respeito do mínimo existencial, apontando-se as tentativas doutrinárias de uma aproximação conceitual, sua natureza e fundamentação jurídica, concluindo tratar-se de direito autônomo, com conteúdo aberto.

imediate das normas que o reconhecem, consagram ou garantam; a vinculação das entidades públicas e privadas; reserva de lei para a sua restrição; salvaguarda do núcleo essencial; dentre outros.

1.1 A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

Historicamente, os direitos sociais foram erigidos à categoria de direitos fundamentais exigíveis pelo indivíduo do Estado, nos Estados Sociais e consagrados nas constituições dos Estados Democráticos de Direito após a superação das ideias liberais-abstencionistas de estrita separação entre Estado e sociedade, onde o Estado estava preocupado em proteger apenas as liberdades individuais. Nessa nova perspectiva de Estado Democrático de Direito, comprometido com a dignidade da pessoa humana, verifica-se uma mudança no papel do Direito, que passa a ser instrumento de transformação social⁷.

Não se trata de afirmar que não haviam direitos sociais (como, por exemplo, saúde, moradia, trabalho, educação) antes da sua consagração nos textos constitucionais dos Estados Sociais ou Democráticos de Direito, mas tão-somente que estes não tinham a força normativa suficientes para serem garantidos e exigidos⁸.

Por esta razão é que um breve estudo histórico do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais deve ser feito, relacionado-o com o papel atribuído a estes direitos e com a forma como o Estado se organiza e exerce as suas funções. Isso porque tais direitos traduzem as concepções filosófico-jurídicas aceitas por determinada sociedade em dado período histórico, de modo que estes valores, ao mesmo tempo em que fundam o Estado, representam os fins da sociedade e os direitos dos seus indivíduos⁹.

⁷ Sobre o papel da transformação e emancipação do Direito, consultar: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1999; principalmente os capítulos 1 e 2.

⁸ Sobre a força normativa da Constituição vide o posicionamento de Konrad Hesse. “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia (...). Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência. (...) Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1991. p. 16-19)

⁹ BARROS, Suzana de Toledo. Op.cit., p. 132. Ainda sobre esse processo de construção histórica dos direitos fundamentais vide o panorama geral traçado por Jorge Miranda. (MIRANDA,

Em decorrência dos embates entre a forma do Estado e os valores preponderantes na sociedade, que a concretização dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos está estritamente ligado com a política, relacionando-se com as esferas de intervenção e das liberdades individuais¹⁰.

Destarte, é a partir do estudo dessa correlação que se poderão identificar os direitos fundamentais como garantia das liberdades individuais ou dever de prestação estatal e a melhor forma de atuação da jurisdição constitucional. Em outras palavras, quando se analisar o Estado de Direito Liberal, ficará nítida a preocupação com os direitos subjetivos de liberdade voltados contra ingerências Estatais, e quando se falar em Estado Social poder-se-á identificar, somada a essa dimensão individual, uma maior preocupação com o bem-estar social e com a dignidade humana, exigindo-se ações e prestações estatais.

Primeiramente, sobre o pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, lembra Ingo Wolfgang Sarlet que este surgiu e se firmou como direito do indivíduo diante do Estado, delimitando uma zona de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual. Configurou-se como abstenção dos poderes públicos de intervir na esfera individual, apresentando-se como direito de resistência ou oposição ao Estado¹¹.

O surgimento dos direitos dos cidadãos ocorreu, em grande parte, devido ao papel exercido pelo Poder Legislativo na conformação dos direitos fundamentais, pois representava uma segurança para as relações dos indivíduos a positivação das

Jorge. Direitos e deveres fundamentais do homem. **ÂNIMA – Revista eletrônica do curso de direito da OPET**, Curitiba, v.2, n. 2, p. 369-392, 2010).

¹⁰ PALMEIRA, Marcos Rogério. **Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições**. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf>> Acesso em: 10/10/08.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 54. No mesmo sentido: Estefânia Maria de Queiroz Barboza aduz que, “o Estado era responsável apenas pela segurança das relações sociais, de forma a proteger a liberdade dos indivíduos. (...) os cidadãos possuíam, assim, somente direitos correlativos a prestações negativas (dever de abstenção)”. (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 138)

liberdades. Tinha-se como elemento básico do Estado de Direito o princípio da legalidade, ou seja, a lei como única fonte do direito, atribuindo-se ao Poder Judiciário o mero dever de aplicação e execução das normas vigentes¹².

Nesse sentido, o Estado Liberal remete à primazia da lei sobre a administração, jurisdição e sobre os cidadãos, caracterizando-se por ser um Estado legislativo, no qual vige o princípio da legalidade, de maneira que este princípio expressa a ideia de que a lei é suprema e irresistível até mesmo em relação às demais fontes do Direito, o que representa uma verdadeira derrota das tradições jurídicas do absolutismo¹³. Ademais, nesta forma de Estado de referência positivista, as leis eram formuladas mediante pressupostos fáticos abstratos, destinadas a valer indefinidamente¹⁴, portanto, tudo o que pertencia ao mundo do direito (o direito e a justiça) estava resumido na lei, cabendo ao jurista somente aplicá-la de forma subsuntiva¹⁵.

Deste modo é possível identificar que o Estado de Direito Liberal, de cunho eminentemente racionalista, visava romper com o regime absolutista e tinha como principais características: a limitação do poder estatal e a garantia formal dos direitos individuais, sem preocupação com valores como justiça; o predomínio da lei sobre a própria Constituição; a separação entre Direito e moral, porque a abertura a certos padrões de justiça poderia reconduzir aos padrões absolutistas; a primazia da lei, visto que a lei decorria da vontade geral do Parlamento; o predomínio das ideias positivistas de mera subsunção da lei ao caso concreto, sem interpretação pelo aplicador do

¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre...** Op. cit., p.139.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 24

¹⁴ Ibidem, p. 29.

¹⁵ Ibidem, p.33.

Direito, porque a lei era o padrão de justiça; e o predomínio das regras e do procedimentalismo¹⁶.

Não obstante, diante do novo cenário social e econômico decorrente do período industrial, não bastava a garantia formal dos direitos de defesa diante do Estado para tutelar e proteger os interesses dos indivíduos e da sociedade, razão pela qual começa a se delinear o Estado Social, preocupado em atingir uma igualdade fática, onde os direitos sociais seriam um instrumento para alcançá-la, permitindo que todas as pessoas usufríssem dos demais direitos antes consagrados¹⁷.

Sobre o surgimento deste modelo de Estado, o social e categoria de direitos, os direitos prestacionais, destaca Luis Roberto Barroso que eles visavam justamente equilibrar as distorções sociais geradas pela crise econômica do período industrial, garantindo direitos ligados à segurança social, ao trabalho, ao salário digno, à educação, ao acesso à saúde e à cultura, entre outros¹⁸. Pois, além das antigas preocupações com a limitação do poder estatal sobre a autonomia privada, agora há necessidade de prestações positivas pelo Estado, a fim de viabilizar melhores condições de vida para os cidadãos e promover a liberdade e a igualdade material¹⁹.

Outrossim, a partir do Estado Social aparecem mais mudanças. Como na perspectiva do Poder Judiciário, deixa o juiz de ser “mero aplicador” do direito e passa a “interpretar e ponderar” as normas diante do caso concreto, procurando adequar a lei às necessidades da sociedade, o direito passa a ser compreendido como um conjunto normativo, abrangendo normas e valores morais e o Poder Executivo passa a ter papel

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do Estado liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, especialmente capítulos 2 e 3.

¹⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 23. Conforme a linha seguida pela autora somente a partir do Estado Social é que se adotou a ideia de que os direitos humanos só seriam respeitados quando o Estado proporcionasse aos indivíduos os recursos necessários para à preservação dos direitos.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 101

¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre...Op. cit., p. 142

fundamental na concretização dos direitos fundamentais, por meio da implementação de políticas públicas²⁰.

Por sua vez, a valorização e os avanços na atuação do Judiciário são mais sentidos na perspectiva do Estado Democrático de Direito²¹, havendo uma vinculação maior à vontade de Constituição, afastando-se da estrita legalidade, de modo que o Direito passa a encerrar valores morais e a moral apresenta virtudes jurídicas, representando a superação da mera aplicação da lei por subsunção, pois reconhece-se o tratamento das normas constitucionais como princípios, aplicadas pelo método ponderativo²². Ademais, o Judiciário pode agora atuar em casos de ineficiência administrativa ou omissões legislativas.

Portanto, é do deslocamento do eixo normativo da ordem jurídica do âmbito liberal – individual de proteção da autonomia individual para a noção de garantia de direitos fundamentais a toda uma coletividade, observada neste sucinto histórico, que se pode extrair a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. No sentido de que, representam posições jurídicas subjetivas dos seus titulares, as quais limitam os poderes públicos e os valores comunitários, bem como garantem a sua exigibilidade, numa dimensão objetiva²³.

²⁰ É nesse sentido as lições de Susanna Pozzolo (POZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 187-210); Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p. 33-41); dentre outros.

²¹ Registre-se, aqui, que no plano dos modelos de Estado, o presente trabalho adotou a proposta de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, que apresenta três “tipos” básicos: o Estado liberal, o Estado social e o Estado Democrático de Direito. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-99).

²² FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 164-168. Sobre a valorização do poder judiciário no Estado Democrático de Direito afirma Lenio Luiz Streck: “Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20)

²³ BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p.132. Sobre essa dupla dimensão dos direitos fundamentais destaca J.J. Gomes Canotilho que, “os direitos sociais são compreendidos como

Destarte, os direitos fundamentais deixaram de se limitar à condição de meros direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público ou ainda garantias negativas dos interesses, para, além disso, constituírem “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos²⁴”, ou seja, como um conjunto de valores que dirigem a ação positiva dos poderes públicos.

Assim sendo, na atual ordem jurídica constitucional os direitos fundamentais, como valores a serem protegidos e concretizados, constituem um catálogo de direitos e garantias da pessoa, que pode demandar uma ação ou omissão por parte do Estado ou até mesmo de particulares (direitos subjetivos individuais) e deve ser valorada do ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, visando à concretização de uma igualdade material e efetiva entre os cidadãos.

É nesse sentido que se coloca Ernst-Wolfgang Böckenförde, para quem os direitos fundamentais vigem como princípios supremos do ordenamento jurídico, não só na relação do indivíduo com o poder público atuante de forma imperativa, afetando a relação recíproca dos particulares e limitando a autonomia privada, tampouco como simples normas de defesa da liberdade, mas também como mandados de atuação e dever de proteção por parte do Estado²⁵. Assim, da compreensão histórica da formação dos modelos de Estado e dos direitos fundamentais, num primeiro momento, pode-se firmar a premissa básica de que, estruturalmente, os direitos fundamentais podem ser reduzidos a dois grandes grupos: os direitos de defesa, que exigem uma omissão do

autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas (...). Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de protecção destes direitos. (...)” Porquanto, a dimensão objetiva pode ser moldada de duas formas: imposições legiferantes ou fornecimento de prestações aos cidadãos, que densificam a dimensão subjetiva destes direitos. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 476).

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** Op. cit., p.159.

²⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993. p. 95

Estado, e os direitos prestacionais, que requerem, por sua vez, uma ação positiva para sua concretização²⁶.

No que tange à estrutura dos direitos fundamentais e na tentativa de superar a ideia de meros direitos prestacionais e de defesa, Martin Borowski²⁷ baseando-se na teoria universal dos direitos fundamentais, parte de três posições jurídicas básicas para justificar a existência de direitos fundamentais: os direitos a algo, as liberdades e as competências.

Os direitos a algo e as liberdades poderiam ser reconstruídos levando-se em consideração a relação entre o titular do direito ou liberdade, o seu destinatário e o objeto do direito ou a conduta que deveria ser realizada ou omitida, e por sua vez, as competências teriam como característica uma determinada conduta do titular da competência poder modificar uma situação jurídica. Não obstante, o que tem mais relevância no âmbito dos direitos fundamentais sociais é mesmo o direito a algo²⁸.

O direito a algo, com base nas lições de Robert Alexy e ressalvadas algumas controvérsias, pode ser compreendido como pretensões; ou seja, como a pretensão, o direito a algo se dirige sempre contra alguém e seu objeto é uma ação ou uma omissão, podendo representar tanto uma ação negativa quanto uma ação positiva²⁹.

Neste sentido, para os direitos fundamentais é importante o estudo dos direitos a algo, porque estes se referem tanto às ações ou omissões dos entes públicos quanto dos entes privados, extraindo-se daí a diferenciação entre os direitos a não

²⁶ Observa-se aqui, que apesar de posicionamentos distintos e mais complexos a respeito da estrutura dos direitos fundamentais – e que serão explorados ao longo deste item no pensamento de Jellinek e Alexy, - se partirá do caráter funcional dos direitos fundamentais na linha de Ingo Wolfgang Sarlet, a fim de não pecar pela incompletude das demais classificações.

Em face de sua abrangência e elasticidade, no fundo e para o que importa para este trabalho, os direitos fundamentais podem se resumir à direitos a prestação ou direitos de defesa. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** Op.cit., p.179)

²⁷ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Universidad Externado de Colômbia: Bogotá, 2003. p. 24

²⁸ Ibidem, p. 25.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002. p. 186

impedimento de ação ou não eliminação de posição jurídica e os direitos a pretensões positivas.

Assim, no âmbito dos direitos a algo, segundo o objeto da pretensão, podem-se diferenciar os direitos negativos e positivos, de modo que, no tocante aos direitos em relação ao Estado, os direitos a ações negativas correspondem aos direitos de defesa e os direitos a ações positivas correspondem parcialmente aos direitos a prestações³⁰.

Deste modo, os direitos de defesa contra o Estado em suas ações negativas podem ser compreendidos como direitos dos cidadãos a que o Estado não impeça ou obstaculize determinadas ações, não atue em determinadas situações e não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito³¹.

Por sua vez, os direitos a ações positivas contra o Estado podem ser divididos em dois grupos, dos quais um tem como objeto uma ação fática e o outro tem como objeto uma ação normativa. No primeiro, a satisfação de um direito independe da forma jurídica da realização da ação, o importante é o titular do direito receber a ajuda estatal, que se fundamenta num direito a um mínimo vital; no segundo, estão os direitos aos atos estatais de imposição da norma³².

Em todo o caso, porém, como afirma Robert Alexy, quando se fala em direitos a prestações, de modo geral se faz referência às ações positivas fáticas, podendo esses direitos chamarem-se direitos a prestações em sentido estrito; já quando se fala em direitos a ações normativas, esses direitos a prestações poderiam ser chamados de direitos a prestações em sentido amplo³³.

Partindo-se de tais premissas teóricas, pode-se dividir sistematicamente o estudo dos direitos fundamentais nas categorias supra citadas: os direitos fundamentais

³⁰ Ibidem, p. 188.

³¹ Ibidem, p. 189-193.

³² Ibidem, p. 195.

³³ Ibidem, p. 195-196.

como direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações³⁴. O primeiro grupo pode ser subdividido em direitos a não impedimentos de ações, direitos a não afetação e direitos a não eliminação de posições jurídicas, e o segundo se constitui de direitos a prestações em sentido amplo, compreendendo os direitos a proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento e direitos a prestação em sentido estrito, entre os quais se encontrariam os direitos sociais³⁵.

Por sua vez, observa-se que no direito constitucional lusitano, os direitos fundamentais podem ser classificados, segundo a arrumação constitucional, em dois grupos, com regimes jurídicos diferenciados: (i) os direitos herdados da tradição liberal, ou seja, os direitos, liberdades e garantias, que possuem força jurídica maior, como as cláusulas pétreas, aplicabilidade direta e vinculação das entidades públicas e privadas; e (ii) os direitos econômicos, sociais e culturais, que dependem da atividade do legislador para serem aplicáveis, pois seguem um regime especial³⁶.

Ao estabelecer dois regimes diferenciados para os direitos fundamentais, a constituição portuguesa pressupõe a existência de dois tipos de direito: “aqueles cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais e aqueles cujo conteúdo principal terá de ser, em maior ou menor medida, determinado por opções do legislador ordinário, ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização³⁷”.

Assim, o que se tem naquela ordem jurídica, segundo o posicionamento dos doutrinadores mais conservadores, diversamente do que ocorre no Brasil, é que os

³⁴ Apesar de reduzir a estrutura dos direitos fundamentais em duas categorias e que o raciocínio tenha partido de Alexy e Borowski, o estudo não desconhece que a discussão da estrutura dos direitos fundamentais é complexa e teve início com os modelos de Carl Schmitt e Jellinek. Todavia, para os contornos do presente trabalho, a delimitação conceitual conferida é suficiente.

³⁵ Essa classificação dos direitos fundamentais é seguida por autores como Ingo Wolfgang Sarlet e Luiz Fernando Calil de Freitas. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. e FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais – limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.)

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 183. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 415 e ss.

³⁷ *Ibidem*, p. 187.

direitos sociais não possuem aplicabilidade imediata, pois, em geral, dependem da atividade do legislador ordinário, a quem cabe densificar o dispositivo constitucional; ou seja, exige-se uma explicitação do conteúdo dos direitos econômicos, sociais e culturais pelo legislador para que sejam exigíveis.

Deste modo, os direitos sociais a prestações como, por exemplo, habitação, saúde, educação, cultura, assistência social, que dependem da existência e da disposição de recursos estatais, sofrem influência direta de questões como desenvolvimento econômico e social e as interdependências na dinâmica das relações e dos fenômenos coletivos; por isso a escolha depende de um sistema que leve em conta todos esses fatores, não cabendo à Constituição fazer essa opção ou dizer qual o conteúdo exato da prestação, matérias que são de competência do legislador ordinário, que é poder constituído³⁸.

Todavia, este posicionamento não é unívoco pois, Jorge Reis Novais sugere que é em virtude do objetivo de promover a justiça social que o Estado se revela como um Estado Social, preocupando-se com a distribuição e a redistribuição do produto social, com a garantia de condições de existência aos cidadãos e com a prestação de bens, serviços e infraestrutura material como condição para o exercício dos direitos fundamentais³⁹. Em relação aos direitos fundamentais, especialmente aos sociais, defende que o Estado deve garanti-los em alguma medida, como meio de viabilizar as relações sociais⁴⁰.

Desta maneira, numa visão moderna, deve-se levar em consideração que os direitos fundamentais sociais tanto devem conceber medidas visando afastar comportamentos que violem a esfera de autonomia individual dos cidadãos (dimensão

³⁸ Ibidem, p. 191.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, Op. cit., p. 193-194.

⁴⁰ E, segue o pensamento destacando que, “o Estado deve, na medida comportada pelas circunstâncias objetivas, procurar garantir: os serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade atual, (...) um conjunto de prestações sociais tendentes a garantir uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais. (Ibidem, p. 196)

negativa) quanto se vinculam à criação de condições para o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e para a preservação da dignidade da pessoa humana (dimensão positiva).

Assim não se pode dizer que os direitos sociais estejam limitados, no tocante à sua efetividade, ao legislador infraconstitucional, pois, segundo Jorge Reis Novais, o princípio da legalidade assume nova configuração. Há uma tendência de se desvalorizar o sentido material da lei, ou seja, uma “instrumentalização e politização da lei” como decorrência do papel intervencionista do Estado social, privilegiando-se uma concordância material e formal da lei com as normas e princípios constitucionais⁴¹. Somando-se a isso, há uma maior independência e valorização do Poder Judiciário, configuradas em uma justiça constitucional que não apenas supre as insuficiências administrativas, mas, sobretudo, constitui uma resposta à perda de confiança na racionalidade e na justiça da função legislativa⁴².

Porquanto fica evidente que, seguindo outra linha, Novais propõe uma relativização da visão dicotômica do tratamento dos direitos fundamentais, afastando a ideia de regimes diferenciados para os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, fazendo aflorar a de “direitos fundamentais como trunfo contra a maioria⁴³”. Portanto, não tem como se sustentar, diante do princípio da

⁴¹ Ibidem, p. 215.

⁴² Ibidem, p. 219.

⁴³ Jorge Reis Novais aprofunda a ideia de Dworkin de que ter um direito fundamental, em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas, pois representaria posições jurídicas individuais em face do Estado e condições para o regular o funcionamento da democracia, uma vez que os direitos fundamentais servem para afastar qualquer pretensão estatal de impor ao indivíduo restrições em sua liberdade e autonomia individual em favor da obtenção de um bem de uma comunidade como um todo.

Afirma que, “O princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem. Daí resulta a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Essa tentativa seria, não apenas moral e politicamente inaceitável, como, sobretudo, e para o que aqui nos importa, juridicamente vedada, já que constituiria uma restrição do livre desenvolvimento da personalidade

dignidade da pessoa humana, a supremacia do Poder Legislativo para concretizar os direitos sociais, pois o que deve ser relevante são os interesses da comunidade e os direitos de cada um para concretizar seus planos de vida.

Ademais, mesmo seguindo uma linha conservadora, em que as normas que preveem direitos sociais são normas impositivas de legislação, indicando ao Estado que tome medidas para a maior satisfação ou realização dos bens protegidos, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigibilidade, mas pretensões a direitos, isso não significa que se trate de meras normas programáticas ou organizatórias, porquanto são normas dotadas de força jurídica e vinculam efetivamente os poderes públicos, impondo um dever de legislação⁴⁴.

Destaca-se que essa discussão quanto ao regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais é efetuada a partir do que consta na Constituição portuguesa, para demonstrar que, mesmo lá, onde o texto constitucional faz essa diferenciação, os doutrinadores modernos preocupados com a justiça social expõem a necessidade de se reconhecer que, ao menos em níveis mínimos, os direitos sociais devem ser garantidos, pois são eles “trunfos contra a maioria”.

Não de outro modo, no Brasil também não se sustenta qualquer tentativa de diferenciar o tratamento jurídico dos direitos de liberdade individual e dos sociais, pois as normas constitucionais que dispõem sobre os direitos fundamentais conferem aos seus titulares posições jurídicas subjetivas (a ações positivas ou negativas), com aplicabilidade imediata, inclusive para o caso dos direitos sociais. Não se podendo olvidar a ressalva feita por Ingo Wolfgang Sarlet de que,

(...) os direitos negativos (notadamente os direitos à não intervenção na liberdade pessoal do Estado e da sociedade) apresentam dimensão “positiva” (já que a sua atuação efetivação

inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, enquanto tal, constitucionalmente rejeitada”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 28-31)

⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 387. Em relação a programaticidade da normas de direitos sociais, em especial do direito à saúde, J.J.Gomes Canotilho vai mais além, destacando que, “o direito à saúde é um direito social, independentemente das imposições constitucionais destinadas a assegurar a sua eficácia (...) e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito (...)”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 477)

reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também particulares⁴⁵.

Isto quer dizer que o fato de os direitos fundamentais, como direitos de defesa (direitos a ações negativas do Estado), visarem à garantia de um espaço de autodeterminação do indivíduo, ou seja, buscarem o resguardo da livre manifestação da personalidade, na qual o Estado não pode interferir indevidamente, não significa a plena garantia do seu exercício. Inferindo-se daí que, algumas vezes, é preciso uma prestação positiva para que o indivíduo possa gozar dessa liberdade⁴⁶.

Evidenciando-se a partir deste exame que, no âmbito do direito de defesa podem aparecer situações que exigem uma atuação do Estado ou da sociedade para garanti-lo, da mesma forma que no âmbito dos direitos prestacionais podem ocorrer casos em que a abstenção estatal é que o fará efetivar-se, sem que isso represente qualquer contradição, por conta da multifuncionalidade⁴⁷ dos direitos fundamentais.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 555

⁴⁶ É justamente isso o que destaca Cláudia Perotto Biagi, influenciada pelas lições de Konrad Hesse, visto que “a liberdade dos indivíduos não mais pode se efetivar simplesmente por meio de uma liberação da intervenção estatal, pois, diante das relações atuais, o indivíduo para alcançar um modo de vida fundado na autonomia e liberdade, depende essencialmente de uma série de condições que não estão à sua disposição”. (BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 46).

Dispara Konrad Hesse que, “Sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um *status* concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade, e sem a conexão com as partes restantes da ordem constitucional, eles não poderiam tornar-se reais: primeiro na instalação na ordem total democrática e estatal-jurídica, constituída pela Constituição, e como seu elemento essencial, não como *status* ‘natural’, pode o *status* particular, garantido pelos direitos fundamentais, ganhar configuração e realidade”. (HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1998. p. 232)

⁴⁷ Como assevera o constitucionalista português J.J. Gomes Conotilho “aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única dimensão (subjectiva) e apenas uma função (proteção da esfera livre e individual do cidadão. Atribui-se aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captam unilateralmente”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 1402)

Assim, cabe ainda uma referência à doutrina de Jellinek sobre os quatro *status*, a qual, feitas as devidas atualizações, mostra-se adequada também para tratar dessa multifuncionalidade dos direitos fundamentais, pois representou a superação da ideia de esfera individual destes direitos, constatando que o indivíduo também faz parte de uma esfera pública, enquanto membro da comunidade política, na qual o Estado lhe reconhece direito de participação, com a atribuição de personalidade⁴⁸.

Ademais, essa teoria dos *status* evidencia o fato de os direitos fundamentais representarem “um conjunto de todas as normas jurídicas fundamentais que atribuem aos cidadãos diferentes posições jurídicas frente ao Estado”, pois, “embora individualmente descritas estas posições, na realidade, podem se apresentar intrincadas, de maneira a conferir ao indivíduo feixes de prestações e obrigações que não de ser analisadas em cada caso concreto⁴⁹”.

Segundo esta teoria, há quatro situações jurídicas ou *status*, cada um dos quais representa uma, dentre as quatro situações, em que o indivíduo pode se encontrar perante o Estado, a que se encontra vinculado como titular de direitos ou sujeito de deveres. Essas quatro situações são o *status* passivo⁵⁰, o *status* negativo⁵¹, o *status* positivo⁵² e o *status* ativo⁵³.

⁴⁸ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., p.42.

⁴⁹ BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit., p.137.

⁵⁰ O *status* passivo ocorreria quando o indivíduo se encontrasse subordinado aos poderes estatais como detentor de deveres, sem garantia de direitos subjetivos, já que o Estado tem a competência de vincular juridicamente o cidadão por meio de mandamentos e proibições. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 139)

⁵¹ O *status* negativo decorre do fato de o indivíduo ser dotado de personalidade. Esse *status* situa-se na esfera individual de liberdade, na qual o Estado não pode exercer o seu poder de império, configurando-se como um espaço em que não pode haver ingerências dos poderes públicos, pois o poder do Estado seria juridicamente limitado. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** Op. cit., p. 173.)

⁵² No *status* positivo (ou *status civitatis*) o indivíduo teria assegurada juridicamente a possibilidade de valer-se dos institutos do Estado e de exigir-lhe determinadas ações positivas, constituindo-se assim no espaço em que se poderiam “enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais”. Aqui o indivíduo é dotado de capacidade para pretender que o Estado aja em seu favor. (Idem)

Diante desta perspectiva estrutural dos direitos fundamentais, depreende-se que os direitos sociais estão inseridos, em princípio, no *status* positivo, pois asseguram juridicamente a possibilidade de exigir do Estado aqueles direitos que garantem ao seu titular a obtenção de uma ação positiva. Mas também pode inserir-se no *status* negativo.

Cumprido, não obstante, destacar que “ainda que os direitos a prestações positivas tenham uma inegável conotação econômica, social ou cultural, a denominação direitos sociais não pode ser entendida como absolutamente sinônima da dimensão prestacional positiva⁵⁴”, pois na linha da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, os direitos sociais são direitos a prestações materiais ou direitos prestacionais em sentido estrito, representando os direitos dos indivíduos perante o Estado a algo que poderia ser exigido dos particulares, desde que estes tivessem condições financeiras suficientes para adquiri-lo ou o encontrassem em abundância no mercado⁵⁵.

Este posicionamento coloca os direitos sociais como direitos atinentes ao *status* positivo ou *status civitatis*, já que implicam numa atuação positiva do Estado⁵⁶, ou melhor, outorgam ao indivíduo a garantia de pretensões positivas. Essa garantia de prestações positivas é concretizada a partir do momento em que o Estado atribuiu ao indivíduo um “*status* de civilidade”, ou seja, quando garante ao cidadão pretensões ligadas às suas atividades e lhe facilita meios jurídicos para a sua realização⁵⁷.

Todavia e, ao mesmo tempo que se reconhece a preponderância dessa dimensão positiva aos direitos sociais, há que se considerar que muitas vezes eles

⁵³ O *status* ativo é aquele em que o indivíduo é alçado à condição de cidadão e torna-se titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade estatal, através do exercício de direitos políticos. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 140)

⁵⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. cit., p. 72

⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p.482.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** op. cit., p.209.

⁵⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 256.

representam meio de se garantir a própria liberdade individual, motivo pelo qual, no fundo, também exige ações negativas. Exemplifica-se com o direito à saúde: numa dimensão positiva, é direito prestacional positivo quando exige do ente público o fornecimento de medicamentos para um determinado tratamento e, ao mesmo tempo, pode ter reflexos negativos ao impedir que o Estado obrigue, à força, uma determinada população a tomar vacina ou ao se impedir que o Estado retroceda na prestação de uma assistência, anteriormente garantida.

Por fim, não se pode deixar de apontar e fazer referências às formulações de J.J. Gomes Canotilho, quanto a função de prestação social dos direitos sociais, dividindo-os em originários e derivados. Seriam originários aqueles direitos que a partir da sua garantia constitucional, se reconhece o dever do Estado em criar condições materiais para o seu exercício efetivo e faculta ao cidadão poder exigí-lo imediatamente⁵⁸, ou seja, “os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de ofertas destes bens e/ou serviços por parte do Estado⁵⁹”.

Isto significa que, alguns direitos sociais originários não requerem a existência prévia de normas ou de um sistema organizado e pré-constituído para fornecê-los, pois são direitos deduzidos diretamente das normas constitucionais, segundo as quais o cidadão tem direito a exigir prestações materiais do Estado. O que implica em certos problemas de efetivação desses direitos (reserva do possível) e na interpretação das normas constitucionais em conformidade com a constituição social, econômica e cultural. Além do que a eventual inércia Estatal pode ensejar inconstitucionalidade por omissão⁶⁰.

Por outro lado, os direitos sociais são derivados quando considerados como direitos dos cidadãos a igual participação nas prestações estatais concretizadas por lei

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 477

⁵⁹ BIAGI, Cláudia Peroto. Op. cit., p. 47.

⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 478

segundo as capacidades existentes⁶¹, ou ainda, de outro ponto de vista, quando são posições jurídico-subjetivas não deduzidas diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos a prestação⁶². Isso porque, aos poderes públicos incumbe desempenhar tarefas a fim de assegurar prestações existenciais aos cidadãos, resultando daí, o direito de igual acesso, obtenção e utilização das instituições e direito de igual participação nas prestações fornecidas pelos serviços ou instituições à comunidade⁶³.

Nessa linha, portanto, quando se fala em direitos prestacionais sociais existem duas situações diferenciadas: aqueles direitos que são extraídos diretamente das normas constitucionais e por essa razão não dependem de atuação legislativa para que o indivíduo possa imediatamente desfrutá-lo, tratando-se de verdadeiro direito prestacional e os direitos que dependem da atividade mediadora do poder público.

Por fim, destaca-se o posicionamento adotado por Ingo Wolfgang Sarlet, que não considera os direitos sociais como meros direitos fundamentais prestacionais, abrangendo também um “*status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*”, em virtude do princípio da isonomia, da vedação de discriminações e das posições jurídicas que podem ser reconduzidas aos direitos de defesa⁶⁴. Para ele, os direitos fundamentais sociais à prestação objetivam “assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada⁶⁵”.

Assim, como pressuposto para a garantia da liberdade e igualdade efetiva dos cidadãos, deve o Estado que queira dizer-se social preocupar-se em dirimir as desigualdades sociais por meio da efetivação dos direitos sociais e da instituição de

⁶¹ Ibidem, p. 479.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** Op. cit., p. 207.

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 479

⁶⁴ Ibidem, p. 217.

⁶⁵ Ibidem, p. 218.

políticas públicas, com o intuito de que essa garantia seja feita de forma isonômica e universal.

Avançando-se neste estudo, percebe-se que duas podem ser as opções de interpretação dos direitos sociais. Uma, seguida em geral pela doutrina estrangeira, é a de que os direitos sociais restringem-se à garantia de uma prestação material do Estado, estando ligada à ideia de justiça social e dependente de atuação legislativa; e a outra, seguida por Ingo Wolfgang Sarlet, é a de que os direitos sociais não se restringem à atuação estatal, mas são também um instrumento de compensação de desigualdades fáticas e um modo de assegurar um patamar mínimo para uma vida digna⁶⁶.

No entendimento de José Afonso da Silva, os direitos sociais constituem uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, que requer prestações viabilizadas direta ou indiretamente pelo Estado, constando de normas constitucionais voltadas à provisão de melhores condições de vida aos hipossuficientes e ao equilíbrio das situações sociais⁶⁷. Enfim, também os considera como direitos que criam condições materiais para se atingir uma igualdade real e estão intimamente ligados ao exercício dos direitos de liberdade.

Há ainda quem pondere, como Edilson Pereira de Farias, que os direitos sociais prestacionais, por não seguirem o mesmo regime jurídico dos direitos de defesa, são posições jurídicas *prima facie*, que exigem uma prestação material do Estado que leve em conta as condições fáticas e os recursos disponíveis. Deste modo, existindo condições materiais e jurídicas para o Estado satisfazer aos interesses do cidadão, passam os direitos sociais a ser definitivos e vinculantes⁶⁸.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos ... Op. cit., p. 557.

⁶⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 285

⁶⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 92

Cumpra-se considerar que, do ponto de vista do texto constitucional pátrio, não se pode sustentar uma diferenciação entre o regime jurídico dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais, como já demonstrado, pois o tratamento dos direitos fundamentais deve ser mais complexo, levando-se em consideração que tanto as liberdades individuais quanto os direitos sociais devem ser tidos como direitos *prima facie*, suscetíveis de ponderação no caso concreto, até porque, os direitos de defesa do mesmo modo que os direitos sociais, podem ser negativos ou positivos⁶⁹.

Observa-se, então, que os direitos sociais são, indiscutivelmente, direitos fundamentais dentro da ordem jurídico-constitucional pátria, seguindo o mesmo regime jurídico dos direitos de defesa e não podendo ser considerados como meras normas programáticas⁷⁰ à espera de serem regulamentadas para produzir efeitos.

Não se pode dizer que numa Constituição existam proposições ociosas, sem força cogente. Contemporaneamente não há como se afastar a força vinculante das normas programáticas e, por consequência, a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. O que é certo é que, a programaticidade das normas serve para inserir a instância política dentro da Constituição, renovando o conteúdo dos valores vigentes na sociedade⁷¹. Com efeito, as normas programáticas não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valores diretivos ou de guia e orientação ao intérprete.

Não obstante, cabe ainda ressaltar que existem outras linhas de argumentação que sustentam a inconsistência dos direitos sociais como direitos fundamentais, o que resulta na exclusão de sua aplicabilidade direta e imediata e da garantia da cláusula

⁶⁹ Destaca-se que, o pressuposto dos direitos fundamentais como direitos *prima facie* será melhor explicado em momento posterior deste trabalho.

⁷⁰ Como explica Canotilho, a relevância das normas programáticas é essencialmente política, servindo de pressão política para os órgãos competentes concretizar os direitos sociais. Além disso, “através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 474)

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 236.

pétrea, tornando-se normas programáticas, limitadas à reserva do possível ou restritas a um padrão mínimo social⁷².

Essas ideias se opõem à de Estado Democrático de Direito, não podendo os direitos sociais ser apenas meios de reparar situações injustas e estar subordinados a outros direitos, pois não estão em situação hierárquica inferior à dos demais direitos civis e políticos. Devem ser entendidos como igualdade material e exercício de liberdade real, pois possuem “caráter de exigência moral como condição de normatividade⁷³”.

Assim, o que se denota nos argumentos que pretendem desconsiderar o caráter de fundamental dos direitos sociais – como o de que eles seriam direitos de segunda importância e subsidiários aos direitos civis e políticos, de que não estariam relacionados com uma dimensão substancial da sociedade, violando as liberdades individuais e a propriedade, de que predomina a ideia de liberdade formal como garantia da aplicação da lei, de que eles são promessas vazias, etc.– é sua inconsistência, pois quando se considera os direitos sociais como fonte de igualdade material e liberdade real, é possível compreendê-lo como fonte substantiva dos direitos fundamentais, ou seja, eles deixam de apenas equilibrar as desigualdades e passam a ser núcleos integradores e legitimadores do bem comum⁷⁴.

Surgem daí alguns problemas e dificuldades enfrentados na doutrina envolvendo os direitos sociais, referentes ao seu conteúdo e à sua dupla fundamentalidade formal e material; porém essas questões não serão enfrentadas nesta pesquisa, pois parte-se da premissa de que o texto constitucional consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais, estando eles expressos ou implícitos dentro do título “Dos direitos e garantias fundamentais”, esparsos na Constituição, ou mesmo localizados nos tratados internacionais firmados pelo Brasil.

⁷² BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 112

⁷³ Ibidem, p.110.

⁷⁴ Ibidem, p.119.

No tocante à matéria, outro não pode ser o entendimento, pois inúmeros dispositivos na Constituição Federal de 1988 permitem interpretar os direitos sociais como direitos fundamentais. Já no seu preâmbulo encontra-se a primeira referência aos direitos sociais, quando se afirma que o Estado Democrático de Direito, instituído pela Assembleia Nacional Constituinte, é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Também o artigo 1º estabelece que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, demonstrando a proteção social a ser prestada aos cidadãos. Por sua vez o artigo 3º, estabelece como um dos objetivos da República a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Por fim, ressalta-se a questão estrutural do texto constitucional que distribuiu os direitos sociais em capítulo próprio, dentro do Título II, “Dos direitos e Garantias Fundamentais”⁷⁵.

Destarte, no artigo 6º da Constituição Federal é possível verificar um rol, embora não taxativo, do que o constituinte considera como direitos sociais, a saber: a educação, a saúde, ao trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Assim, não restam dúvidas de que os direitos sociais, no Brasil, foram alçados à condição de direitos fundamentais pelo constituinte de 1988, quando atribuiu ao Estado a função de garantir aos cidadãos alguns direitos subjetivos, sem os quais eles não podem exercer a sua esfera de liberdade. O Estado os garante para tentar equilibrar as desigualdades sociais e possibilitar a esses mesmos cidadãos a condição de real liberdade.

Afasta-se, definitivamente, qualquer possibilidade de defesa de que os direitos sociais são meras normas programáticas, pois o texto constitucional consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, bem como a relevância desses direitos para a vida e para a existência digna dos cidadãos.

⁷⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre... Op. cit., p. 176.

Ademais, a Constituição consagra a dupla dimensão – a objetiva e a subjetiva – dos direitos sociais, pois garante ao titular do direito, expresso ou implícito no texto constitucional, poder exigir que o Estado os satisfaça para a garantia de sua dignidade, assegurando-os igualmente à coletividade. Isso, porém, não significa que estes direitos sejam direitos subjetivos definitivos: eles são, na verdade, direitos subjetivos *prima facie*⁷⁶, seguindo, portanto, a lógica dos princípios. Ocorre que, diante do cenário de recursos escassos, da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, da primazia conferida pelo legislador à efetivação dos direitos através das políticas públicas, do princípio democrático e da separação dos poderes, não basta que alguém

⁷⁶ O ponto de partida para compreender a questão do direito à saúde como direito *prima facie* passa, invariavelmente, pela teoria dos princípios e a distinção entre *regras* e *princípios*. Com efeito, na esteira do que propõe Virgílio Afonso da Silva, o traço distintivo principal entre eles “(...)é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 45). Nestes termos, o direito é definitivo quando é garantido por uma norma que segue a estrutura de regra, devendo ser concretizada, caso haja total subsunção ao caso concreto. Por sua vez, no caso dos princípios nem sempre há realização total do que a norma exige, pois pode haver diferença entre o que é garantido *prima facie* e o que é garantido *definitivamente*.

Socorrendo-se da noção de princípios como “*mandados de otimização*” de Robert Alexy, extrai-se que os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, não contendo “*mandatos definitivos sino sólo prima facie*”. (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 99). Portanto, os princípios possuem razões que podem ser afastadas por razões opostas, ao contrário das regras que exigem que se faça exatamente o que elas ordenam, valendo definitivamente quando há subsunção ao caso concreto, seguindo a lógica do “tudo ou nada” proposta por Ronald Dworkin (In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.) Isso significa, então, que os princípios podem ser realizados em graus diferentes, podendo ser ponderados conforme os interesses em conflito, restando claro que as regras e os princípios são razões de tipos diferentes. “Los principios son siempre *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, *razoenes definitivas*.”(ALEXY, Robert. Op. cit., p. 101).

Logo, quando houver aparente conflito entre regras a questão se resolve no plano da validade, devendo uma delas ser declarada inválida ou instituída cláusula de exceção, podendo ainda haver a resolução do conflito pela aplicação da máxima “*lex posterior derogat priori*”. Por sua vez, quando houver conflito entre princípios se deve fixar “relações condicionadas de precedência”, no sentido de que a realização de um princípio restringe a realização do outro, não havendo que se falar em invalidade de nenhum deles ou de instituição de exceção, tudo dependendo do caso *sub judice*. Finalmente, quando se tratar de colisão de regra e princípio, para o que se pretende neste trabalho, deve-se resolver através do sopesamento, entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, muito embora não se desconheça que trata-se de uma solução problemática e controversa na doutrina (SILVA, Virgílio Afonso. Op. cit., p. 47-56).

alegue a necessidade de um direito social para se concluir que o Estado tem o dever incondicional de prestá-lo⁷⁷.

Assim, o que mais prudente e adotado pela maioria da doutrina⁷⁸ é considerar os direitos sociais como direitos subjetivos garantidos *prima facie*; ou melhor, os direitos sociais são direitos subjetivos que, devido a sua natureza principiológica, diante do caso concreto demandam a ponderação entre o interesse individual e outros princípios, como o da separação dos poderes, o da democracia e o da dignidade humana, embora isso não exclua a existência de uma dimensão objetiva.

Não obstante ao que foi desenvolvido até este momento, permitindo constatar que os direitos sociais são previstos como verdadeiros direitos fundamentais e o seu tratamento como direitos subjetivos *prima facie*, é no que tange ao específico problema da falta de efetividade de tais direitos que se focam os estudiosos dos direitos fundamentais. Por essa razão e, considerando que o objetivo deste trabalho está limitado a esta problemática da falta de efetividade no direito à saúde, se iniciará a concentração do estudo, apontando, primeiramente, o cenário geral em que se encontra o direito à saúde no Brasil.

1.2 PANORAMA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

Como apontado, é indiscutível que o direito à saúde está consagrado na ordem jurídica brasileira como direito fundamental social; porém, apesar desse direito dos cidadãos estar previsto no artigo 6º e nos artigos de 196 a 200, todos da Constituição Federal, e em outros dispositivos legais, como a Lei 8080/90, a Lei 9313/96, a Lei 9797/99 e as normas da Anvisa e da ANS, atualmente os debates estão voltados ao problema da sua efetividade. É que são suscitadas questões complexas relacionadas

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 567

⁷⁸ Segue a linha dos direitos sociais como direitos subjetivos garantidos *prima facie*, Robert Alexy, Martin Borowski, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Gilberto Cogo Leivas, Daniel Sarmento, Virgílio Afonso da Silva, entre outros.

com o direito à saúde e a sua plena concretização pelo ente estatal, o que envolve temas como a escassez de recursos, a preservação da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a judicialização e o ativismo judicial, o controle das ações e omissões da esfera administrativa, a legitimidade do Poder Judiciário para intervir nesta seara, os quais vêm sendo explorados ricamente pela doutrina nacional.

Essas complexidades decorrem de diversas razões, entre elas: o fato de os enunciados normativos que dispõem sobre o direito à saúde visarem proteger e promover um bem da vida que não permite gradações; a dificuldade de se estabelecer quais as prestações de saúde a que os indivíduos têm direito, pois a tecnologia avança a passos largos no campo da medicina, realidade que os recursos públicos não conseguem acompanhar; as repercussões decorrentes das escolhas trágicas que envolvem a prestação de saúde, pois se prioriza determinada situação em detrimento de outra; e ainda o fato de que as ações pertinentes à prestação de saúde e a sua garantia judicial dificilmente envolvem a saúde básica e são realizadas no plano coletivo⁷⁹.

Outrossim, vivem-se novos tempos, em que os avanços da medicina propiciam um aumento substancial da expectativa de vida, além de se expandirem os recursos terapêuticos. A isso somam-se a questão da limitação dos recursos e o aumento das necessidades humanas, de modo que as discussões que envolvem o direito à saúde são um dos maiores desafios para a efetividade dos direitos fundamentais, pois o que está em jogo, ao fim, é o direito à vida, à integridade corporal e à dignidade humana.

Ademais, verifica-se a relevância desses debates no âmbito da jurisprudência, em vista do crescente número de ações judiciais no País, em todas as instâncias, tendo o Superior Tribunal Federal, inclusive, convocado audiências públicas⁸⁰ para debater

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 803-807

⁸⁰ Aqui se faz referência ao ciclo de Audiências Públicas realizadas nos dias 27,28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, onde foram ouvidos 50 especialistas, dentre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, com o objetivo de auxiliar aquela Corte Suprema na solução de processos que envolvam o direito à saúde, fornecendo esclarecimentos de questões

com diversos especialistas, de forma multidisciplinar, os dilemas que envolvem o direito à saúde.

Assim, antes de adentrar na análise das questões relativas à implementação do direito à saúde, é imprescindível apresentar o panorama genérico de tal direito consubstanciado em aspectos conceituais, a sua titularidade, a dupla fundamentalidade, o tratamento dispensado no texto constitucional e na legislação ordinária e as suas características, para na sequência se explorar o seu ponto de maior divergência, que é a tentativa de quantificação do dever estatal de prestação em matéria de saúde, questão que levantará discussões sobre o mínimo existencial.

A Constituição Federal de 1988, reconhecidamente, elevou à categoria de direito fundamental o direito à saúde com base na nova perspectiva do Estado Democrático de Direito, que prima pela defesa da igualdade material e liberdade real; destarte, agora o Estado tem o dever de proporcionar aos seus cidadãos direitos que visem à igualização de situações sociais desiguais, tanto que essa intenção já vem inserida no próprio preâmbulo do texto constitucional, ao dispor que a instituição do Estado Democrático está destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social(...)”.

Assim, apesar de o preâmbulo não ser efetivamente uma norma jurídica constitucional, nem ser dotado de força vinculante, pode ser utilizado como uma diretriz hermenêutica, ou seja, pode ser tido como uma carta das intenções, que oferece

técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas que envolvem o complexo julgamento do direito à saúde, como os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nº 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nº 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nº 2361, 2944, 3345 e 3355, os quais versam sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo ou ainda não registrados na Anvisa, o custeio de tratamentos no exterior, utilização de técnicas cirúrgicas ainda não desenvolvidas no SUS, patente de medicamentos, dentre outros temas; além da proposta de Súmula Vinculante n. 04 e do Recurso Extraordinário n. 566.471 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que foi reconhecido a repercussão geral, questionando se uma situação individual pode, sob o ângulo do alto custo, por em risco à assistência global da saúde de todos. (Dados disponíveis no site oficial do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 14.05.2009).

fundamento político às escolhas do Poder Constituinte e institui os fins que o Direito deve buscar de acordo com as necessidades sociais⁸¹.

Essa conexão entre a constituição política do país e o direito à saúde é, para Germano Schwartz, um dos principais vetores da problemática sanitária no Brasil, pois o Estado Democrático de Direito representa um compromisso da sociedade com a busca da justiça social, da qualidade de vida e da saúde, cabendo-lhe transformar a realidade social. Nesse contexto o citado jurista destaca a necessidade de mudanças para que a saúde seja efetivamente aplicada e que seja ela um instrumento de justiça social⁸².

Verifica-se, então, que, na condição de Estado Democrático de Direito, o Brasil está obrigado a oferecer ações e serviços de saúde que provoquem essa mudança da realidade social, com o escopo de garantir o bem-estar, a qualidade de vida e a justiça social para os seus cidadãos e dirimir as desigualdades.

Além disso, tem-se que, estruturalmente, o constituinte reservou no texto constitucional um capítulo próprio (II), dentro do Título II - “Dos direitos e garantias fundamentais”, para tratar dos direitos sociais, incluindo expressamente o direito à saúde no rol do artigo 6º; e ao tratar da ordem social (art. 194, CF/88), que tem como objetivos o bem-estar e a justiça social, inseriu-o dentro da seguridade social, o que significa dizer que é pelo conjunto de ações do Poder Público e da sociedade que se assegurará o direito à saúde, de modo universal e uniforme, selecionando-se os serviços, distribuindo-se equitativamente os custos e administrando-se os recursos de modo democrático e descentralizado.

Ainda no arcabouço constitucional, o direito à saúde está especificado no artigo 196, o qual prevê que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido

⁸¹ Sobre este tema da utilização do preâmbulo da Constituição como elemento interpretativo das normas constitucionais, encontra-se a obra de Jorge Miranda e Uadi Lammêgo Bulos. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Lisboa: Coimbra Editora Ltda, 1991. e BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005.) É no sentido de que o preâmbulo não pertence à parte normativa da Constituição, mas que desdobra significado jurídico imediatamente e obrigatório para os órgãos de direção política, o posicionamento de Konrad Hesse. (HESSE, Konrad. **Elementos...** Op. cit., p. 109)

⁸² SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50

mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Isso quer dizer que o Estado tem o dever de garantir a todos os que vivem no território nacional o direito à saúde, racionalizando o uso dos recursos existentes, ou seja, primando pela eficiência dos gastos públicos, mediante a conjugação das melhores técnicas, dos menores custos e dos melhores resultados, de forma a beneficiar não só o indivíduo, mas também a coletividade. Deverá igualmente tratar as normas que preveem o direito à saúde como mandados de otimização, pois requerem a aplicação do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O direito à saúde, então, ao ser implementado, deve seguir a lógica do princípio da proporcionalidade⁸³, de forma que a prestação exigida do Estado possa representar o meio mais adequado de garantir o direito à vida, a integridade física e mental e a dignidade humana dos indivíduos sem exceder os limites indispensáveis para a sua necessária conservação, em vista da eficiência dos gastos, demonstrando-se que o meio escolhido para a proteção do direito é o mais vantajoso e abrange os interesses de toda uma coletividade.

Quanto à concretização dessa igualdade das situações sociais, Bruno Lundgren Rodrigues Arranda aponta que “o legislador constitucional pretendeu assegurar a todos que vivem no território nacional o mínimo indispensável à sobrevivência com dignidade, impondo, inclusive, o respeito à igualdade, com a finalidade de obstar a exclusão de parcela da população da proteção social que deva ser garantida pela seguridade social⁸⁴”. Isso significa que a busca pela igualdade material e pela liberdade real fica muito evidente no texto constitucional, em virtude de o legislador assegurar, a todos que se encontram no território nacional, certos direitos de cunho

⁸³ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 154

⁸⁴ ARRANDA, Bruno Lundgren Rodrigues. Medicamentos excepcionais - a ética da prescrição sob o enfoque da responsabilidade social. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 25, n. 97, p. 01-18, jan./mar. 2008.

social cuja prestação se constitui em dever do Estado e sem os quais não se tem cidadania nem liberdade.

Assim, o direito à saúde, além de um direito individual, constitui um direito coletivo, ou seja, as prestações de saúde deverão ser oferecidas pelo Estado aos indivíduos, que poderão exigí-la, sem se desconsiderar que as políticas públicas deverão atender a saúde básica da população em geral. Assim, se o indivíduo tem direito à prestação de saúde, o Estado tem o dever jurídico de garanti-lo, e se esse dever existe, não pode limitar-se a um indivíduo, mas deve estender-se a todos aqueles que se encontrem na mesma situação⁸⁵.

Nesta perspectiva, a previsão do direito à saúde constitui expressamente o dever fundamental precipuamente estatal de proteção e efetivação do direito à saúde de forma coletiva, embora não se afaste o dever fundamental do particular de protegê-lo e promovê-lo, “uma vez que estes se encontram também vinculados (na condição de destinatários) às normas que asseguram direitos e impõem deveres fundamentais⁸⁶”.

Se não se reconhecer o dever jurídico do Estado e dos particulares, o direito à saúde ficaria fragilizado, especialmente quanto a sua implementação, de forma que, conquanto a Constituição não tenha referido expressamente o dever dos particulares, estes não poderão ofender a saúde alheia sob a alegação de não serem destinatários do direito à saúde, pois não se pode ofender a integridade física e moral de ninguém, sendo tal ato punível civil e penalmente. Por outro lado, afirmar que existe um dever da própria pessoa para com sua própria saúde pode sugerir uma proteção da pessoa contra si mesma, em observância ao caráter irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais⁸⁷.

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito ..., Op. cit., p.815.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 38

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002.

Destarte, o reconhecimento dos deveres fundamentais está diretamente relacionado com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e com um movimento solidário de toda a sociedade com vista à transformação das estruturas sociais, exigindo um mínimo de responsabilidade social no exercício das liberdades individuais e a existência de deveres jurídicos de observância dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais⁸⁸.

Conforme assevera José Casalta Nabais, o indivíduo, na condição de pessoa, deve ser simultaneamente considerado como ser livre e responsável, existindo um liame entre os deveres fundamentais e essa responsabilidade, bem como entre os direitos fundamentais e a liberdade em sentido amplo. Dessa maneira, hoje encontramos na base do Estado Social e Democrático os deveres económicos, sociais e culturais, que representam uma expressão da soberania estatal, com fundamento constitucional⁸⁹.

No mesmo sentido, destaca José Carlos Vieira de Andrade que a concepção de deveres fundamentais surge como forma de superação de uma visão individualista dos direitos fundamentais. Eles representam a defesa da democracia, demandando uma participação ativa dos cidadãos na vida pública e um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais, pois o homem não existe isoladamente, nem sua liberdade é absoluta, de modo que os indivíduos são responsáveis, nas esferas política, económica, social e cultural, pela segurança, pela justiça e pelo progresso da comunidade⁹⁰.

Destarte, o direito à saúde é direito e dever fundamental, pois é um direito do indivíduo, expresso no texto constitucional, exigir do Estado a sua prestação material, por meio de ações ou serviços que visem a sua proteção e recuperação; mas tal direito exige, também dos particulares, a sua preservação e promoção. Pela ideia de solidariedade e de responsabilidade social, a sociedade reconhece que o Estado tem o

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia ...** Op. cit., p. 241.

⁸⁹ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Apud*: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 86.

⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 160.

dever de garantir a todos, de forma universal, prestações de saúde, especialmente as relacionadas com a saúde básica, mas por sua vez, os indivíduos não têm o direito de ofender a saúde alheia⁹¹.

Destaca-se assim que, conceitualmente, hoje o direito à saúde é mais abrangente. Não visa, apenas, ao tratamento e à recuperação de doenças, mas também possui um aspecto preventivo, de promoção e proteção da saúde; o que está também em exata consonância com a evolução proposta pela Constituição⁹² da Organização Mundial da Saúde.

Cumprir considerar que, se anteriormente considerava-se a saúde como um simples estado de ausência de doença, mas com o passar do tempo e em decorrência da evolução da medicina e dos tratamentos médicos, passou-se a considerá-la como um completo estado de bem-estar físico, mental e social⁹³. Ademais, gozar do melhor estado de saúde possível é considerado, no Preâmbulo da Constituição da OMS, como um direito fundamental de todo ser humano, independentemente da sua condição econômica e social, tendo os governos a responsabilidade pela saúde de seus cidadãos, o que pode ser viabilizado por medidas sanitárias e sociais adequadas.

⁹¹ É justamente nesse sentido o que advogam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner, firmando o entendimento de que a saúde, além de ser um direito, é dever fundamental do Estado e dos particulares, pois, além de o Estado ter o dever de prestar proteção ao direito à saúde, a própria pessoa tem o dever para com a sua saúde, o que é capaz de justificar, no caso concreto, uma intervenção judicial visando à proteção da pessoa, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p.39).

⁹² Trata-se efetivamente de uma Constituição, eis que é instrumento de criação, instituição, da Organização Mundial da Saúde, onde os Estados que fazem parte dela declaram que alguns princípios são indispensáveis para a obtenção da felicidade de seu povo, para a harmonia das relações e para a sua segurança.

⁹³ Consta da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), organismo internacional cujo objetivo é alcançar o maior nível de saúde para todos os indivíduos, o conceito mais difundido e questionado, do que vem a ser a saúde, o qual usamos como ponto de partida na presente pesquisa: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. (informação no site: <<http://www.promocaodesaude.unifran.br/docs/ConstituicaodaWHO1946.pdf>>).

Também o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil e cujas normas passaram a ter status constitucional⁹⁴, inseriu no artigo 5º, § 2º a possibilidade de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, indo no mesmo sentido da orientação da OMS, ao dispor, no seu artigo 12, sobre o direito de se desfrutar do mais alto grau possível de saúde física e mental⁹⁵.

Com base nestes dispositivos, pode-se dizer que o direito à saúde passa a ter duas faces: uma de preservação da saúde, decorrente do direito de solidariedade - portanto genérico, não individualizável - que tem como “contrapartida as políticas que visam a redução do risco de doenças”; e uma que consiste na proteção e recuperação da saúde, decorrente do direito fundamental à prestação positiva, que é “direito individual à proteção da doença e seu tratamento traduz-se no acesso aos serviços e ações destinados à recuperação do doente⁹⁶”.

Assim sendo, atualmente não basta os poderes públicos estarem preocupados com a garantia do direito à saúde no prisma curativo, ou seja, de tratamento de doenças, mas eles devem estar atentos também a ações preventivas, de promoção do mais alto grau de bem-estar físico, mental e especialmente social, no sentido de mitigar as desigualdades sociais, retomando a busca pela igualdade e liberdade material.

Mais do que isso, Marta Coelho, ao tratar do conceito de saúde, afirma que “a saúde passou a ser também um processo de cidadania”, pois a todos os cidadãos são assegurados direitos e também lhes são atribuídos deveres pela manutenção da sua

⁹⁴ Veja-se que essas normas passam a ter status constitucional por conta do artigo 4º, II e artigo 5º, §§1º e 2º da CF/88 (confirmado com a inclusão do §3º ao artigo 5º, pela Emenda Constitucional n. 45/04), mesmo porque todo e qualquer veículo introdutor de norma de direito humano deve ser considerado como detentor de estrutura hierárquica magna, independentemente de constar, ou não, no texto formal da Carta escrita (e os pactos internacionais em nada inovam o texto formal constitucional, inovando sim o Constitucionalismo dos direitos humanos e a própria Constituição material).

⁹⁵ Artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado e incorporado pelo Brasil, através do Decreto n. 591 de 06.07.1992.

⁹⁶ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 22, p. 147-165, out./dez. 2005. p. 153

saúde. Assim, a saúde é consequência de ações realizadas na sociedade, “o que não exige o Estado, o médico e outros profissionais de saúde de suas responsabilidades, mas agrega uma variável fundamental de respeito ao indivíduo, doente ou sadio, através do compromisso social solidário na consecução do objeto maior de garantir condições dignas de vida a cada ser humano⁹⁷”.

Seguindo a ideia de elemento da cidadania, assinala-se que o núcleo central do conceito de saúde está no sentido de promoção da qualidade de vida das pessoas, e como direito de cidadania, consubstancia-se em prestações difusas e legítimas de curar e evitar doenças e de ter uma vida saudável, como uma aspiração de toda a sociedade por um conjunto de benefícios que fazem parte da vida na urbe⁹⁸.

Destarte, a qualidade de vida é apontada pela doutrina moderna como o aspecto positivo da saúde, o elemento que lhe atribui concretude, pois a saúde deve ser entendida como parte de um sistema social, como um processo que se constrói, não podendo ser conceituada como algo estático⁹⁹.

Segundo esta corrente sistêmica, o direito à saúde estaria umbilicalmente ligado ao conceito de qualidade de vida, de modo que uma variedade de direitos afins influencia e compõe o conceito de direito à saúde, como o direito ao meio ambiente, à educação, alimentação, moradia, saneamento, bem-estar social, trabalho, proteção da família, seguridade social, direito à saúde física e psíquica, direito ao acesso aos serviços médicos, dentre outros¹⁰⁰.

Nessa direção de aproximação do direito à saúde e da qualidade de vida, registra-se a proposta de Anne Fargot-Largeault, para quem a noção de qualidade de vida é pluridimensional, por envolver um aspecto individual - representado pelo desejo de não apenas sobreviver, mas de ter uma vida boa, com saúde, amor, sucesso,

⁹⁷ COELHO, Marta. **A evolução do conceito de saúde.** Disponível em: <<http://www.ceunes.ufes.br/downloads/2/martacoelho-texto%20processo%20saude%20doen%C3%A7a.doc>> . Acesso em 06.08.08

⁹⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit, p . 81.

⁹⁹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. cit., p. 39

¹⁰⁰ Ibidem, p.41.

conforto, felicidade - e também um aspecto coletivo, pois compreende prosperidade econômica (nível de vida e desenvolvimento), bens políticos (liberdade, igualdade e segurança), bens culturais (educação, informação, liberdade de criação) e recursos demográficos (taxas de natalidade e mortalidade convenientes e saúde da população em geral)¹⁰¹.

Assim, em que pese à necessidade de conjugação desses diversos fatores para garantia do direito à saúde e, por consequência, de um adequado nível de vida da população, o que se tem na realidade nacional é uma verdadeira não efetividade de tal direito¹⁰², pois

não basta a existência de serviços destinados à promoção, proteção e recuperação sanitária adequados e em número suficiente, nem a existência de normas legais prevendo todas as hipóteses de agravo à saúde pública, se o Estado não tiver atingido um nível tal de desenvolvimento socioeconômico e cultural que lhe permita dispor de todos os recursos técnicos existentes, atender a todas as necessidades de infraestrutura e possuir uma população educada para a saúde¹⁰³.

Assim, quando se passa a entender o direito à saúde em uma perspectiva integral e complexa de exigir as mais variadas medidas de promoção, proteção e recuperação da saúde, a fim de se garantir o maior grau de bem-estar físico, mental e social a todos os indivíduos, bem como ao se considerar esse indivíduo como cidadão que tem obrigação com a saúde dos demais, assume-se a ideia de que a saúde é ao mesmo tempo dever do Estado e da coletividade. Logo, ao se interpretar quais ações e serviços de saúde devem ser prestados pelo Estado, deve-se considerar a previsão do atendimento integral (art. 198, II, CF/88), de modo a abranger prevenção e assistência, ou melhor, tanto os tratamentos básicos e vitais (que incluem saneamento básico, alimentação adequada, habitação, dentre outros fatores que contribuem para a qualidade de vida) quanto os que envolvem os meios mais modernos, eficazes e

¹⁰¹ FARGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. **Revista de Direito Sanitário**. v.2, n.2, p. 82-107, jul. 2001. p. 87-88

¹⁰² SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. cit., p.148.

¹⁰³ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma Nova Disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n.4, p. 327-334, ago. 1988. Disponível em: <<http://scielosp.org>> Acesso em 20.08.2009.

evoluídos para a proteção da saúde, pois as normas jurídicas que dispõem sobre a saúde devem ser dotadas de máxima efetividade, no sentido de que devem cobrir o máximo possível de ações¹⁰⁴.

Pode-se verificar aqui uma nítida aplicação da teoria dos princípios aos direitos fundamentais sociais¹⁰⁵, pois o direito à saúde é considerado como um direito *prima facie*, que pode ser exercido da forma mais ampla *a priori*, estando sujeito a limitações externas decorrentes da colisão com outros interesses fundamentais, de modo que se devem considerar, no caso concreto, as possibilidades daquele que têm o dever de prestá-lo (o Estado). Em outras palavras, é direito que está sujeito à ponderação do legislador ou interprete judicial, que devem realizar o direito na maior intensidade possível, cotejando-o com outros elementos jurídicos e fáticos, como a solidariedade ou o interesse coletivo.

Outra característica marcante atribuída ao direito à saúde é a sua titularidade universal; ou seja, ele não está adstrito aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, ou apenas aos que contribuem para a seguridade social, mas abrange todos aqueles que se encontram no território nacional, pois está diretamente ligado ao direito à vida, à dignidade humana e à integridade física e corporal, que possuem natureza de direitos universais.

Essa noção de universalidade do serviço público de saúde adveio com a Constituição de 1988, que instituiu o Sistema Único de Saúde como forma de suplantiar os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), que ofereciam

¹⁰⁴ FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 864

¹⁰⁵ Nesse sentido que advoga Luís Roberto Barroso, inspirado na doutrina de Robert Alexy: “As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a idéia de mínimo existencial para demarcar a fundamentalidade material do direito e a sua conseqüente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias”. (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.880).

serviço curativo de saúde às categorias profissionais a que estavam ligados, e o antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que oferecia atendimento público de saúde apenas àqueles trabalhadores com carteira assinada, que contribuía para a previdência. Nessa condição, tais - institutos mantinham grande parcela da população excluída do acesso ao direito.

É nesse sentido que, nos dias atuais, pelo fato de o direito à saúde ser de todos e de cada um, não se pode defender a tese de que o direito à saúde é direito coletivo exclusivamente. Tampouco se deve afastar a tese de que não cabem demandas individuais, já que, embora todos os direitos fundamentais, e não só os sociais, possuam uma dimensão coletiva, isso não lhes retira a condição de serem direitos fundamentais de cada pessoa. Assim, apesar de alguns problemas que se possa gerar, não se pode afastar a tutela individual, nem a coletiva, do direito à saúde, pois trata-se de direito complexo¹⁰⁶.

Essa complexidade pode ser extraída das contribuições de Germano Schwartz, ao afirmar que esse direito compreende todas as gerações de direitos. É direito que está conectado com o direito à vida, caracterizando-se como um direito absoluto, irrenunciável, intransmissível, indisponível e extrapatrimonial. Por sua vez, também é garantia de se exigir do Estado prestações positivas para efetivá-lo, bem como, em certa medida, o direito à saúde tem titulares indeterminados e o bem jurídico é indivisível. Além disso, a saúde pode ser conectado ao direito de solidariedade, como elemento de cidadania¹⁰⁷.

Essa característica peculiar do direito à saúde como direito complexo, fica nítida quando se analisam separadamente os modos da prestação que o satisfazem como estão descritos na norma constitucional, ou seja, o direito à promoção, o direito à prevenção e o direito à recuperação¹⁰⁸. Mas, que neste trabalho não possuem maior

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p.40.

¹⁰⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. cit., p. 52-55.

¹⁰⁸ Para alguns autores é relevante a diferenciação da forma de tutela do direito à saúde, trazendo-se a questão para diferenciar o tratamento como direitos difusos, coletivos ou individuais. Nessa linha, o direito à promoção é direito difuso, exercido em face do legislador, de exigir programas (conjunto de ações) voltados à promoção de uma vida saudável; já, o direito à prevenção é um direito

relevância, tendo em vista que aqui não se pretende explorar a face da garantia de tal direito (âmbito dos instrumentos processuais para efetivá-lo), mas o direito propriamente dito.

Assim, com fundamento na classificação adotada pela dogmática constitucional, pode-se apontar como característica do direito à saúde a sua dupla dimensão de direitos de defesa e de direitos prestacionais. Nesta perspectiva, será direito de defesa quando relacionado com a proteção da saúde, pois protege o titular do direito contra ingerências ou agressões que constituam interferências na saúde ou tendam a ameaçá-la; e será direito prestacional quando relacionado com a realização de atividades (seja do Estado, seja de particulares) visando assegurar o exercício desse direito para obtenção de um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Analisando esta constituição do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que, como direito de defesa, o direito à saúde visa “impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular” e, como direito prestacional, impõe “ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde (...), enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde¹⁰⁹”.

Porquanto, quando intimamente ligado com a proteção do direito à vida, à dignidade humana e a integridade física e psíquica do cidadão, o direito à saúde é direito ligado à garantia de condições mínimas para autonomia do indivíduo e, por outro turno, quando há uma exigência de políticas públicas para efetivação desse direito à população como um todo, trata-se de direito prestacional.

coletivo exercido em face do executivo, consistente no poder de exigir prestações positivas e negativas, como a estruturação da rede básica de saúde ou fiscalização e proibição de certas práticas nocivas à saúde; e, por sua vez, o direito à recuperação é um direito individual a prestações positivas, em face do executivo e da sociedade, de exigir diagnóstico e tratamento para doenças. (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 907)

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas... Op. cit., p. 8.

Relacionar as dimensões defensiva e prestacional dos direitos fundamentais com os aspectos individuais e coletivos da saúde é também a tese de Sueli Gandolfi Dallari, em seu estudo sobre o direito à saúde, no qual defende que o aspecto individual se conectaria com a ideia de preservação da liberdade individual e o coletivo com a ideia de promoção da igualdade real¹¹⁰.

Como direito individual, o direito à saúde privilegiaria o valor liberdade, garantindo ao indivíduo a liberdade de escolha do tipo de relação que terá com o meio ambiente, a cidade onde vive, as próprias condições de trabalho, o tipo de vida que pretende para si. Abrangeria ainda, quando doente, a liberdade de opção do recurso médico-sanitário a ser procurado e do tipo de tratamento a que queira se submeter, e implicaria na liberdade do médico em escolher a terapêutica que considere mais adequada ao tratamento do doente. Por sua vez, como direito coletivo, haveria uma prevalência do valor igualdade, justificando-se a imposição de limitações a comportamentos humanos, visando à preservação da saúde de todos os que vivem em sociedade. Enfim, a garantia ou não do direito à saúde dependeria sobremaneira do grau de desenvolvimento do Estado e da participação dos indivíduos nesse processo¹¹¹.

Por fim, com base em algumas análises feitas anteriormente sobre os direitos sociais, pode-se afirmar que o direito à saúde tem como última característica seguir o regime jurídico da dupla fundamentalidade: material e formal.

Tal direito é formal porque consiste no expreso enunciado do texto constitucional, que assegura a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º), ou seja, não está na dependência de concretização através do legislador infraconstitucional, além de ser dotado de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação às demais normas constitucionais e até ao poder de reforma da Constituição, através das cláusulas pétreas.

Por sua vez, no que se refere à fundamentalidade material, apesar das posições doutrinárias divergentes, consideram-se todos os direitos sociais como direitos

¹¹⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 01, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 20.08.2009

¹¹¹ Idem.

fundamentais, incluindo-se entre eles o direito à saúde, pois é bem jurídico tutelado pela norma constitucional inserida no Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais”, estando diretamente relacionado com outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o direito à vida e à dignidade humana.

É nesse sentido que advoga Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivo, pois os direitos fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico, possuindo natureza supralegal. Ademais, estão submetidos a procedimento agravado e às cláusulas pétreas, no caso de reforma constitucional, e são normas diretamente aplicáveis e vinculadas de forma imediata às entidades públicas e privadas. Por sua vez, a fundamentalidade material decorre do fato de os direitos fundamentais serem elementos constitutivos da constituição material, cujo conteúdo é a estrutura do Estado e da sociedade¹¹².

Diante do exposto, pode-se dizer que a Constituição de 1988 previu o direito à saúde como um direito fundamental subjetivo, abarcando a sua efetivação como direito de defesa contra lesões à dignidade humana e ao direito à vida e direito a prestações materiais, além de guardar correlação com os aspectos individuais e coletivos, ao englobar prestações materiais que privilegiem a liberdade do indivíduo e a saúde pública lastreada pelo valor da igualdade, e de ser dotada de características orientadoras como a universalidade, a integralidade e a igualdade.

Pode-se, ademais, afirmar que o direito à saúde é direito público subjetivo, porque, garante a exigibilidade universal de todos os cidadãos, quer de um comportamento positivo (prestações materiais do Estado, ou seja, execução de medidas concretas que efetivem a saúde da população) quer de comportamentos negativos (direitos de defesa que visam proteger o indivíduo em sua autonomia pessoal, fazendo com que o Estado se abstenha de praticar atos que prejudiquem a sua saúde, ou ainda, que outro indivíduo a desrespeite), independentemente de legislação ordinária, admitindo-se recursos judiciais e administrativos para sua implementação.

Além de mero direito subjetivo, o direito à saúde pode também ser considerado como direito subjetivo *prima facie* e não definitivo, pois não pode seguir a

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p.86.

regra do “tudo ou nada”, mas sim, o princípio da proporcionalidade, sopesando os interesses individuais e coletivos (da sociedade), buscando o meio que melhor o efetive com os menores gastos possíveis e privilegiando ações que abranjam o maior número de pessoas, as quais devem demonstrar a sua necessidade para garantia do direito à vida e à sua dignidade, para se evitar o privilégio de minorias e garantir igualdade de oportunidades.

Deste modo, superadas as questões envolvendo o panorama geral do direito social à saúde, trazidas até aqui por razões metodológicas, é o campo da abrangência dos direitos a prestações materiais como dever estatal que se pretende focar, uma vez que as maiores dificuldades doutrinárias e jurisprudenciais estão em determinar os parâmetros para a efetividade do direito à saúde, em outras palavras, se estaria este dever estatal restrito ao mínimo existencial ou se seria mais ampla a sua interpretação.

1.3 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

A introdução dos estudos sobre o mínimo existencial no Brasil se deve a uma série de fatores relacionados com a necessidade de concretizar os projetos políticos e sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como as dificuldades em efetivar os direitos que requerem uma prestação estatal, pois, diferentemente dos direitos de defesa, não há consenso na doutrina quanto a sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade e à questão de os direitos sociais seguirem o regime das regras ou dos princípios. A isso se acrescentam a falta de precisão dos dispositivos legais que preveem os direitos sociais e a amplitude de meios para a sua concretização.

Isso foi constatado ao se analisar o direito fundamental à saúde, pois os maiores dilemas estão na efetivação de tal direito, especialmente no tocante à quantificação, medida ou extensão da prestação material que deve ser garantida pelo Estado, por meio das políticas públicas ou das decisões judiciais, o que revela a importância do estudo sobre o mínimo existencial neste momento.

A respeito da questão, sucintamente, de um lado, existem aqueles que defendem ser o direito à saúde um direito individual relacionado diretamente com o

direito à vida e com a dignidade humana, podendo ser exigida do Estado sua efetivação ampla na esfera administrativa e na judicial, por meio de ação individual do titular do direito, independente das políticas públicas já adotadas pelo Estado; e por outro lado, há os que pensam o direito à saúde a partir do direito coletivo, aduzindo que as prestações materiais devem ser limitadas ao mínimo existencial ou mínimo vital¹¹³, como meio de se garantirem os interesses do maior número possível de pessoas, da coletividade, sendo que o que não está aí inserido, dependeria da disponibilização dos recursos pelos entes públicos. Ademais, não se pode esquecer daqueles que enfrentam a complexidade do direito a saúde, contendo tanto a esfera individual quanto a coletiva.

Não obstante, em que pese o fato de a Constituição pátria não fazer referência expressa à extensão da garantia do referido direito, mostra-se consentâneo com a hermenêutica constitucional compreender o direito à saúde como um direito complexo, que ao mesmo tempo representa um direito individual e coletivo. Não se podem afastar as demandas individuais que visam a uma ampla proteção e efetivação do direito individual à recuperação da saúde, bem como não se pode olvidar o aspecto coletivo, de estender as ações públicas a toda coletividade, no sentido de as prestações materiais atingirem o maior número possível de pessoas, com a maior eficiência e o menor gasto, para a promoção e prevenção da saúde.

Germano Schwartz ao tratar sobre os instrumentos de proteção ao direito à saúde ressalta que, não se pode simplificar a questão da proteção administrativa e

¹¹³ Destaca-se que as expressões “mínimo vital” e “mínimo existencial” não podem ser tidas como sinônimas, pois a expressão *mínimo vital* compreende apenas as prestações materiais indispensáveis para a sobrevivência do ser humano, ao passo que, a expressão *mínimo existencial* é mais ampla, abrangendo todas as prestações materiais necessárias para uma vida com dignidade.

Nessa linha, Eurico Bitencourt Neto destaca que, o mínimo vital representa o direito à garantia de condições mínimas necessárias para que o indivíduo tenha uma subsistência digna. Mas, “a ideia de existência digna reclama outros instrumentos de respeito e proteção. Cabe, portanto, dizer que a existência digna é a vida humana tendo respeitada sua dignidade, o homem preservado como sujeito de direitos e, na medida das limitações de uma vida em sociedade, senhor da determinação do desenvolvimento de sua personalidade. A existência digna não significa mera subsistência ou sobrevivência, antes postula condições que permitam a fruição dos direitos fundamentais, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade”. (BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 118) No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op.cit., p. 194.

jurídica do direito à saúde, pois essa proteção não pode ser estática, sob pena de ineficácia do princípio da saúde como direito de todos e dever do Estado. Os sistemas sociais exigem constantemente novas adaptações em matéria sanitária e, por outro lado, encontram-se à disposição dos interessados várias soluções para satisfação do referido direito. Assim, por ser direito fundamental, o direito à saúde é dotado de autoaplicabilidade, possui caráter negativo e positivo e é direito individual e coletivo, podendo ser garantido por tutela individual (direito de petição, *habeas corpus*, mandado de segurança individual, mandado de injunção individual e outros) ou remédios coletivos (mandado de segurança coletivo, mandado de injunção coletivo, ação popular, ação civil pública e outros)¹¹⁴.

De antemão já se pode perceber que, surge aqui um dos pontos principais a serem explorados, que é o mínimo existencial ou vital como instituto que visa à solução do problema da efetividade dos direitos sociais básicos, isto é, à concretização objetiva, limitação, da forma e do *quantum* das prestações materiais pelo Estado para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim, podem-se identificar na doutrina algumas correntes que tratam o mínimo existencial como um dado pré-constitucional e outras que seguem a linha de que o mínimo existencial é um direito fundamental decorrente do Estado Social e da proteção da vida, da integridade física e corporal, da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais¹¹⁵.

Vislumbrando uma maior sistematização dos estudos sobre o mínimo existencial, pode-se constatar cinco vieses possíveis de definição do conteúdo do

¹¹⁴ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. cit., p. 121.

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 188. Aponta, ainda, Eurico Bitencourt Neto a necessidade de uma visão correta sobre o mínimo para uma existência digna, pois um estudo pontual e sem sistematização pode legar a duas conseqüências desastrosas: “a) o uso da expressão de modo pouco preciso, podendo significar, por exemplo: a exequibilidade de uma dimensão dos direitos sociais, correspondente a seu núcleo essencial; ou um princípio constitucional estruturante da ordem econômico-social, segundo o qual todos têm direito a um núcleo básico dos direitos sociais, ‘sempre que constitua *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito’; ou, ainda, direitos originários a prestações vinculados aos direitos à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana; b) a confusão que muitas vezes se faz entre o direito ao mínimo para uma existência digna e o regime de eficácia prestacional dos direitos sociais, o que pode levar ao enfraquecimento da ‘Constituição Social’”. (BITENCOUT NETO, Eurico. Op. cit., p. 20)

mínimo existencial: (i) o mínimo existencial como instrumento para a garantia da liberdade real; (ii) o mínimo existencial como protetor das condições de democracia; (iii) a garantia das condições materiais mínimas como uma exigência autônoma de justiça; (iv) o mínimo existencial como derivação do princípio da dignidade da pessoa humana; e, (v) o campo de não intervenção do Estado (dimensão defensiva do mínimo existencial)¹¹⁶. Os quais serão explorados na sequência.

No que tange a ligação do mínimo existencial com a noção de preservação da dignidade humana e o direito à saúde, há aqueles que entender ser este direito social uma condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, pois é “um indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial¹¹⁷”. Assim, garantir o direito à saúde é, por conseqüência, garantir o mínimo existencial, condições essas indispensáveis para a construção do Estado Democrático de Direito, voltado para alcançar uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹¹⁸.

Pode-se identificar nesta linha que, o direito à saúde constitui uma das dimensões do mínimo existencial para uma vida humana digna, vinculando os comportamentos do Estado e dos particulares, e configura-se como um princípio fundamental da ordem jurídica. Assim, para atingir os fins almejados pelo Estado Democrático de Direito, deve-se garantir um mínimo de direitos sociais aos indivíduos e à coletividade. Sem esses direitos - entre os quais se incluem os direitos à saúde, à educação, à previdência, à moradia e outros - não se pode falar em existência com dignidade.

Do mesmo modo, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial, como decorrência do Estado Democrático de

¹¹⁶ HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 116

¹¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 151.

¹¹⁸ Idem.

Direito, o qual tem o dever de suprir as necessidades materiais das pessoas, a fim de lhes garantir uma existência com dignidade. Destaca o citado jurista que não bastam prestações materiais que visem assegurar a existência, ou seja, a garantia da vida humana: mais do que isso, é preciso, assegurar ao cidadão uma vida com dignidade, uma vida saudável¹¹⁹.

Nesse contexto, apesar de ser de difícil definição (em razão de demasiado subjetivismo) o conceito de saúde e de vida saudável, parte-se da dignidade da pessoa humana e do amplo bem-estar físico, mental e social, para se construir a ideia de que há direitos fundamentais mínimos assegurados à pessoa humana, e de que esses direitos constituem dever do Estado, implicando no dever deste de protegê-la contra atos degradantes e desumanos e de garantir-lhe condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

O direito à dignidade da pessoa humana passa a ser, então, um meio pelo qual se alcança o completo bem-estar do indivíduo e da sociedade e se protege o cidadão contra ações nocivas de outros indivíduos, de si mesmo e do Estado, estando ligado também às noções de liberdade, igualdade e socialidade¹²⁰.

Merece especial referência às correlações entre a efetividade do princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial apontadas por Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem

a união desses conceitos firmam-se no sentido de dotar de materialidade objetiva os compromissos da sociedade e do Estado, sem os quais não há como se produzir um ambiente social e político propício à efetivação do princípio constitucional da dignidade humana. Pelo acolhimento do conceito de mínimo existencial, a ser garantido como direito para a efetivação desse princípio, tem-se por estabelecido um espaço juridicamente assegurado e posto a cumprimento obrigatório, de tal modo que o seu não acatamento pode ser objeto de responsabilização pelo Estado¹²¹.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 176-210.

¹²⁰ No sentido de que a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade material e da socialidade compõem os fundamentos do direito ao mínimo para uma existência digna, o posicionamento de Eurico Bitencourt Neto. (BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit., p. 99-113

¹²¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e a reserva do possível. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**, Ceará, n.5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

Dizer que o mínimo existencial dota de materialidade objetiva o princípio da dignidade humana significa que ele dá efetividade à dignidade humana, estabelecendo quanto compete ao Estado e quanto cabe à sociedade na responsabilidade de garantir que todos tenham uma existência com dignidade, ou seja, impõe respeito à liberdade e à autonomia dos indivíduos, mas também obriga à realização de políticas sociais para dar condições de bem viver à população.

Então, os direitos sociais que exigem uma prestação (entre os quais se inclui o direito à saúde) estão a serviço da igualdade e da liberdade material, visando prover a pessoa das necessidades materiais e garantir-lhes uma existência com dignidade, o que fundamenta a existência do direito fundamental ao mínimo existencial¹²².

É este o posicionamento de Elmo José Duarte de Almeida Junior: “sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade. Por outro lado, também não existem liberdade e igualdade efetivas quando não se observa o mínimo necessário para a garantia da dignidade humana”. O autor segue no mesmo raciocínio: “é justamente inserida na dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra a noção de mínimo existencial a ser resguardado pelos direitos sociais de prestação¹²³”.

Verifica-se que a garantia do mínimo existencial, para quem defende ser ele direito fundamental ligado à dignidade da pessoa humana, é condição para a liberdade e a igualdade dos indivíduos que se encontram inseridos numa sociedade democrática, pois pressupõe a independência e segurança de cada pessoa.

Assim, o mínimo existencial pode ser tido como instrumento para a garantia da liberdade real, pois “a ausência de condições mínimas para a existência humana

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 96

¹²³ ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte. **Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357>> Acesso em 13/10/2008.

significa a privação da liberdade e, conseqüentemente, estabelece a impossibilidade de desenvolvimento social e econômico¹²⁴”.

Na esteira de que o mínimo existencial encontra-se baseado na ideia de liberdade segue Fernando Facury Scaff, pois é através da combinação das capacidades para o exercício das liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que se pode determinar o conteúdo do mínimo existencial, o qual é variável conforme tempo e lugar, permitindo que o ser humano alcance o desenvolvimento¹²⁵.

Cumprir destacar que em países como o Brasil, cujo nível de desigualdade social é muito elevado, lastrear o mínimo existencial no primado da liberdade permitiria lidar melhor com as iniquidades, pois só pode exercer com plenitude a liberdade aquele que tem capacidade para exercê-la, e para que seja possível esse exercício da liberdade jurídica é preciso assegurar a liberdade fática ou a possibilidade de exercer as capacidades através dos direitos fundamentais sociais¹²⁶.

Assim, em vista das inúmeras formas de sua realização e por não ter conteúdo definido e previsão expressa no texto constitucional, o mínimo existencial é extraído das ideias de liberdade, igualdade, socialidade e dignidade da pessoa humana, da Declaração de Direitos Humanos, das imunidades e privilégios dos cidadãos, e

¹²⁴ HONÓRIO, Cláudia. Op. cit., p. 118.

¹²⁵ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. p. 216

¹²⁶ Ibidem, p. 218. É justamente isso o que enfatiza Ricardo Lobo Torres em diversas obras sobre o tema por entender estar arraigada ao fundamento do mínimo existencial uma condição para o exercício da liberdade, partindo da premissa de que uma ofensa à liberdade afeta a própria existência física do indivíduo, ficando nítida “a metamorfose dos direitos de justiça em direitos da liberdade. (TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 03-05). No entendimento do mesmo autor, ao integrar os direitos fundamentais, o mínimo existencial “goza do *status positivus libertatis* e é amparado por diversos remédios constitucionais”; portanto é um direito à condição de liberdade, o qual pode ser realizado de diversas formas, como as prestações de serviços públicos ou a entrega de bens. (TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 267)

abrange qualquer direito, pois sem ele não há possibilidade de sobrevivência do homem, desaparecendo as condições iniciais de liberdade¹²⁷.

Também o mínimo existencial estaria diretamente ligado ao conceito de cidadania multidimensional, o que compreende quatro dimensões: (i) temporal – que consiste no impedimento de constrição pelo Estado sobre os direitos fundamentais sociais, na entrega de assistência social aos pobres, de auxílios financeiros a entidades filantrópicas e bens públicos e os direitos sociais singelos (*status negativus e status positivus libertatis*)¹²⁸; (ii) espacial, significando que o mínimo existencial, em geral, é garantido no plano nacional e mundial, ao passo que os direitos sociais devem ser garantidos no plano local¹²⁹; (iii) bilateral, que destaca duas formas distintas de garantia dos direitos sociais e do mínimo existencial, de modo que esse é financiado pela arrecadação de impostos que são destinados a financiar as prestações gratuitas, enquanto aqueles dependem da contribuição dos próprios titulares dos direitos para a sua manutenção¹³⁰; e, por fim, (iv) conceito processual, em que o processo legislativo é instrumento para a concessão dos direitos sociais, pouco se aplicando aos direitos de liberdade e ao mínimo existencial, pois tem natureza pré-legislativa e constitucional, enquanto o processo administrativo implementa os direitos sociais, sujeitando-se às políticas públicas, sendo importante também para o mínimo existencial¹³¹.

Com efeito, na linha de dado pré-constitucional, trata-se a garantia do mínimo existencial como condição de liberdade, incorporando-o à ideia de cidadania, de maneira que resguardar as condições materiais mínimas aos cidadãos corresponde à proteção da sobrevivência digna do homem, através de prestações materiais do Estado

¹²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36

¹²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose... Op. cit., p. 15.

¹²⁹ Ibidem, p.16.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Ibidem, p.17.

e de garantia da esfera da liberdade individual. Afasta-se, deste modo, o fundamento do mínimo existencial da justiça social, ficando ele ligado à ideia de liberdade.

A identificação do mínimo existencial com o *status positivus libertatis*, como proposta por autores como Ricardo Lobo Torres¹³² nada mais é do que uma moderna leitura da teoria dos status de Jellinek, que consiste no dever de garantia de prestações positivas pelo Estado, sem as quais não há que se falar em cidadania.

Não obstante, o *status positivus libertatis*, que constitui direito subjetivo do cidadão e gera a obrigação de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, não pode então ser confundido com o *status positivus socialis*, pois se refere às prestações estatais que devem ser entregues para a proteção dos direitos sociais e econômicos, como, por exemplo, o fornecimento de serviço público não essencial (em que se encontra a saúde curativa) e as prestações financeiras aos mais despossuídos, na forma de subvenções sociais¹³³.

Em que pese às colocações apresentadas a respeito dessas diferenças entre *status positivus libertatis* e *status positivus socialis*, que consideram o primeiro como de obrigatória prestação e ligado à ideia de mínimo existencial e o segundo como os demais direitos sociais, não obrigatórios, ligados a prestações não essenciais, e que por reduzir a jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, não devem prosperar. Adotando-se linha diversa, o melhor entendimento é o de que, em princípio, todas as prestações materiais de direitos sociais básicos são condições para se falar em

¹³² Como analisa Ricardo Lobo Torres: “O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social, é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exhibe o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justificável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata”. (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...**, Op. cit., p. 40).

¹³³ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania...* Op. cit., p. 296.

garantia da liberdade dos cidadãos, pois todos os direitos sociais são direitos fundamentais, da mesma forma que o é o mínimo existencial.

Existe uma necessidade de equilíbrio, pois a imposição decorrente do Estado Democrático e Social de Direito consiste na garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima e ao mesmo tempo requer a otimização dos direitos sociais, o que nada mais é do que a exigência da ponderação dos interesses, pois os direitos sociais devem ser tidos como direitos subjetivos *prima facie*, ou seja, seguem a lógica dos princípios, demandando densificação e ponderação diante do caso concreto.

Isso fica nítido ao se analisar a origem dos estudos sobre a garantia de um mínimo indispensável para a existência digna, que se deu na Alemanha, em especial com os trabalhos do publicista Otto Bachof¹³⁴, que sustentava justamente a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para a existência digna, de modo que a dignidade da pessoa humana garantiria a liberdade e um mínimo de segurança social.

Essa tese foi incorporada em 1954, por uma decisão paradigmática do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha que

reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência¹³⁵.

Somente após vinte anos desta decisão, o Tribunal Constitucional Federal consagrou o reconhecimento de um direito fundamental a condições mínimas para uma existência digna, de forma que essas condições mínimas compreendem o conteúdo essencial do Estado Social e Democrático de Direito¹³⁶.

Depreende-se daí que o desenvolvimento do mínimo existencial na Alemanha se deu pela via jurisdicional, uma vez que cabia ao legislador infraconstitucional, a

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos... Op. cit., p. 564

¹³⁵ Ibidem, p.565.

¹³⁶ Idem.

princípio, a determinação do modo de realização do mínimo existencial, mas no caso de omissão ou emprego inadequado das verbas públicas, o Judiciário teve de garantir as condições mínimas indispensáveis para uma existência digna. A Lei Fundamental de Bonn não positivou expressamente direitos sociais típicos, ou seja, não foram previstos explicitamente condições materiais. Foram priorizados os direitos de liberdade como o direito à vida, à saúde, à liberdade de fé e consciência, de opinião, locomoção, profissão, associação¹³⁷, dentre outros, em virtude dos acontecimentos políticos da época, os quais exigiram do novo texto constitucional uma proteção da autonomia individual, delimitando-se uma esfera em que o Estado não pudesse intervir.

Além do desenvolvimento jurisprudencial alemão, fartas são as correntes e os argumentos levantados pela doutrina estrangeira, em diversos momentos históricos, para fundamentar a existência do dever de proteção do mínimo existencial, destacando-se as contribuições de John Rawls, Friedrich Hayek, Michael Walzer, Junger Habermas e Carlos Santiago Nino¹³⁸.

De maior relevância são os estudos de John Rawls, que estão baseados em uma Teoria da Justiça como equidade, ou seja, a Justiça compreende princípios pelos quais se organiza e viabiliza a vida humana em sociedade, compondo a sua estrutura básica. A sociedade, então, é considerada um “empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas¹³⁹” e os princípios da justiça social “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social¹⁴⁰”.

¹³⁷ HESSE, Konrad. **Elementos...** Op. cit., p. 170.

¹³⁸ Em sua pesquisa Cláudia Honório traz densa análise doutrinária sobre a construção da fundamentação do mínimo existencial, dando destaque aos citados autores e às evoluções das suas reflexões sobre a garantia de condições materiais mínimas. Atribui a John Rawls a defesa do mínimo social; a Michael Walzer, a proteção universal e comunitária de direitos mínimos, a Junger Habermas, a exigência de direitos básicos para se ter autonomia; e, a Carlos Santiago Nino, o mínimo existencial como condições materiais mínimas. (HONÓRIO, Cláudia. Op. cit., p. 13-41)

¹³⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 4

¹⁴⁰ Ibidem, p. 5.

Somado a isso, tem-se que os princípios de justiça acordados inicialmente pelas pessoas livres e racionais, em posição de igualdade, quando da formação da estrutura básica da sociedade, definem os termos de sua associação, devendo ficar predefinidos os direitos e deveres básicos de cada um e a forma de divisão dos benefícios sociais¹⁴¹.

Em apertada síntese, os dois princípios que formam a justiça como equidade asseguram as liberdades básicas iguais e as desigualdades econômicas e sociais (princípio da diferença); em outras palavras, um “exige a igualdade da atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que as desigualdades econômicas e sociais - por exemplo, desigualdade de riqueza e autoridade - são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade¹⁴²”.

Assim, a justiça está conectada à igualdade no sentido de que “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima - devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos¹⁴³”, sendo que ao final o que se pretende com a admissão das desigualdades é que todos estejam em condições melhores do que a inicial.

Não obstante, há possibilidade de distorção da igualdade de oportunidades, em face da tendência do homem de acumular riqueza e poder¹⁴⁴, motivo pelo qual deve o Estado supervisionar a atividade econômica, garantindo a igualdade de oportunidades e um mínimo social¹⁴⁵. Portanto, nessa linha de entendimento, o mínimo social

¹⁴¹ Ibidem, p. 12-13.

¹⁴² Ibidem, p. 16.

¹⁴³ Ibidem, p. 66.

¹⁴⁴ HONÓRIO, Cláudia. Op. cit., p. 17.

¹⁴⁵ John Rawls explica que para se ter uma justiça distributiva, o processo econômico e social deve estar dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas, de modo que os governos democráticos, para além das despesas sociais básicas, asseguram oportunidades iguais de educação, cultura, na atividade econômica e na livre escolha do trabalho. E, também “o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em caso de

corresponde ao setor de transferência do governo, cuja ação leva em conta as necessidades sociais, coadunando-as com as demais reivindicações¹⁴⁶, e a sua quantificação não leva em consideração a ideia de riqueza média do país ou a expectativa média definida pelo costume, pois pelo princípio da diferença leva-se em conta que os salários maximizem as expectativas dos grupos menos favorecidos¹⁴⁷.

Indo um pouco além, o mínimo social passa a ser elemento constitucional, de forma que, para que se tenha efetiva liberdade e igualdade, há necessidade de se assegurar o mínimo social, pois sem um patamar mínimo de bem-estar material e social não se pode considerar a pessoa como um cidadão inserido em uma sociedade¹⁴⁸.

Assim, pode-se extrair da análise sobre a teoria de Rawls que o mínimo social é um elemento de ordem constitucional, decorrente de um acordo humano inicial para a organização e viabilidade da vida em sociedade, estando intrinsecamente ligado à liberdade e à igualdade, e por ele o governo democrático deve garantir às pessoas um nível mínimo de bem-estar.

Quanto aos trabalhos de Michael Walzer, apesar de o autor não construir especificamente uma teoria sobre o mínimo existencial, a análise de suas obras permite reconhecer a existência de um conjunto de direitos mínimos do homem que decorrem da sua própria humanidade, são de caráter universal e sem os quais não se pode falar em cidadania¹⁴⁹. É que, além de reconhecer a dimensão individual e universal de cada indivíduo, ressalta a existência de uma dimensão social ou coletiva, formada na comunidade política em que o indivíduo partilha memórias, valores e perspectivas

doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual da renda”. (RAWLS, John. Op. cit., p. 304)

¹⁴⁶ Ibidem, p. 305.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 315.

¹⁴⁸ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 213

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 125

futuras e a partir disso é possível que, no âmbito da comunidade, “os indivíduos cheguem a um consenso não apenas em relação a um procedimento para atingir um resultado, mas também a valores materiais comuns àquele grupo social¹⁵⁰”.

Walzer não desenvolveu uma teoria sobre o mínimo existencial, isto é, não se refere ao direito a situações materiais mínimas que tornem o indivíduo independente da comunidade, entretanto ele fundamenta os direitos que ultrapassam a garantia da vida e da liberdade na valoração comunitária dos bens sociais¹⁵¹; e ao diferenciar a moralidade em duas camadas - uma mínima, ligada ao aspecto universal do indivíduo, e uma máxima, relacionada com a vida em comunidade -, acaba por identificar a mínima com o conjunto de direitos básicos do homem, no qual se poderiam encontrar as condições materiais elementares que possibilitariam às pessoas participar da vida em comunidade¹⁵².

Assim, apesar de não falar explicitamente em mínimo existencial, Walzer traz a ideia da existência de um conjunto de condições materiais elementares que garantiriam à pessoa humana a possibilidade de viver em sociedade e participar dela, ou melhor, seriam direitos ligados à própria condição de humanidade e de cidadania.

Vislumbra-se desse modo que, desde a tese originária elaborada na Alemanha, a garantia de condições existenciais mínimas aos indivíduos está basicamente calcada no Estado Social e na premissa da preservação e promoção da dignidade da pessoa humana, tanto na perspectiva de direito de defesa (campo de não intervenção do Estado na liberdade) como na perspectiva de direito prestacional (fornecimento de prestações materiais que promovam a igualdade e a cidadania).

O direito ao mínimo existencial, sob uma perspectiva de defesa, pode ser compreendido como o direito do indivíduo a que uma conduta do Estado não afete condições de liberdade e autoconformação, ou seja, bens da vida indispensáveis para uma vida digna (por exemplo: a cobrança de tributos); ao passo que, sob uma

¹⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 149

¹⁵¹ Ibidem, p. 152.

¹⁵² Ibidem, p.153.

perspectiva prestacional, o direito ao mínimo existencial compreende o dever estatal de prover recursos mínimos à existência digna, através da atuação legislativa, bem como provendo os meios materiais propriamente ditos.

Diante de tudo o quanto foi exposto, é nítido que a ligação entre a garantia do mínimo existencial e a proteção da dignidade da pessoa humana é a corrente mais adotada na doutrina pátria, em virtude da dificuldade de se quantificar e pré-fixar a quantidade de prestação material devida, pois sua determinação é diretamente influenciada pelas condições econômicas, financeiras, sociais, temporais e espaciais, que são variáveis, historicamente e em cada caso concreto.

Por essa razão, aduz Ana Paula de Barcellos que o conceito de mínimo existencial é uma construção histórica, diretamente relacionada com as circunstâncias e possibilidades financeiras, econômicas e culturais da sociedade, de modo que a mudança de perspectiva ao longo do tempo justifica a readaptação do conceito, visando a sua ampliação¹⁵³.

Ademais, pode-se dizer que o conceito de mínimo existencial impõe-se como determinante dos comportamentos sociais e das políticas estatais, materializando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois “nele se contém o conjunto de condições materiais, político-econômicas, sociais, culturais e psicológicas que constitui o ponto de partida com que cada ser humano precisa contar para realizar a sua vocação e bem viver¹⁵⁴”. Encontra-se no texto constitucional a lista dos direitos fundamentais que asseguram o bem-viver e obrigam o Estado a propiciar o mínimo a todos e a cada um dos cidadãos.

Pode-se conceber o mínimo existencial também como o direito à satisfação das necessidades básicas, que são a saúde e a autonomia; ou seja, o direito ao mínimo existencial é “direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a

¹⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** Op. cit., p. 344

¹⁵⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit.

autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia¹⁵⁵”.

Para Antonio Carlos Wolkmer, é também pela noção de necessidades humanas básicas que se estabelecem os direitos básicos, os quais abrangem as necessidades sociais ou materiais e as necessidades existenciais (de vida), materiais (de subsistência) e culturais, logo podem ser compreendidos como o direito às necessidades existenciais (água, alimento, saúde), às necessidades materiais (casa, trabalho, salário, escola, hospital), às necessidades sociopolíticas (cidadania, participação política, associação, sindicalização), às necessidades culturais (educação, religião, lazer), às necessidades difusas (consumo e meio ambiente) e direito/dever de respeito às minorias (mulher, deficientes e idoso) e às diferenças étnicas (índio e negro)¹⁵⁶.

Numa definição mais ampla do que mínimo vital, fica evidente que o mínimo existencial compreende os direitos à satisfação das necessidades básicas do ser humano, indispensáveis para a conservação de uma vida digna, sendo formado tanto por necessidades físicas/materiais (preservação da saúde, moradia, alimentação) quanto por necessidades culturais (por exemplo, a educação), no sentido de se buscar um completo bem-estar físico, mental e social, ou seja, uma máxima satisfação das necessidades humanas.

Assim, é certo que a garantia efetiva das necessidades básicas e da existência digna não está limitada a uma garantia da sobrevivência física do indivíduo (o mínimo do mínimo), uma vez que a vida humana não pode ser reduzida à existência, mas, nas lições de Heinrich Scholler, “a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos

¹⁵⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 300.

¹⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994. p. 151-152

fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade¹⁵⁷”.

Em outras palavras, afirma Mariana Filchtiner Figueiredo que “o mínimo existencial refere-se a uma série de prestações sociais capazes de assegurar os pressupostos a uma existência humanamente digna, e não apenas um mínimo vital, ou o suficiente à sobrevivência pessoal¹⁵⁸”; logo, nesta perspectiva, o mínimo existencial diz respeito às prestações sociais necessárias para garantir a existência digna, a liberdade humana e a qualidade de vida.

Assim, utilizando-se a proteção da dignidade da pessoa humana como parâmetro para estabelecer a existência digna do cidadão, pode-se afirmar que o conteúdo do mínimo existencial está além do mínimo vital, ou além do mínimo do mínimo, pois a intenção é que se tenha vida com qualidade, e não apenas vida pela vida¹⁵⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet assenta posição no sentido de que o mínimo existencial, apesar de não ter sido expressamente previsto no texto constitucional, é um direito fundamental, e seu objeto e conteúdo deverão estar em “sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental¹⁶⁰”. Isso remete à ideia de que a

¹⁵⁷ SCHOLLER, Heinrich. Die Störung des Urlaubsgenusses eines “empfindsamen Menschen” durch einen Behinderten *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais..., Op. cit., p.567.

¹⁵⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 194.

¹⁵⁹ Eurico Bitencourt Neto propugna que a dignidade da pessoa humana exige o contínuo desenvolvimento do ser humano, tanto em sede individual quanto na sociedade, podendo-se, então, identificar duas esferas: “uma, a de garantia de que a dignidade da pessoa humana concreta não será ofendida ou ameaçada, pela garantia de um mínimo de recursos que a possa preservar; outra, a da progressiva ampliação dos meios aptos a promoverem o desenvolvimento pleno das pessoas e da sociedade, pela construção de uma sociedade de bem-estar”. Deste modo, no primeiro caso tem-se a proteção através do mínimo existencial e, no segundo, repousa a ideia de que o que extrapola esse mínimo deve ser garantido de forma gradual, na busca do bem-estar social. (BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit., p. 123)

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos... Op. cit., p. 572.

dignidade da pessoa humana somente estará assegurada “onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável¹⁶¹”.

Deste modo, como o texto constitucional não estabeleceu expressamente o direito fundamental ao mínimo existencial, é através de alguns direitos sociais, como o direito a saúde, educação, moradia, previdência social, que se pode identificar algumas necessidades para a aquisição de um padrão de vida mínimo em uma sociedade, indicando o que é indispensável para a manutenção de uma existência digna e, por consequência, se tem a real compreensão do conteúdo do mínimo existencial, pois este está diretamente relacionado com o conjunto de prestações necessárias e indispensáveis para uma vida saudável e com dignidade.

Ana Paula de Barcellos vai mais além ao realizar um exame sistemático da Constituição Federal, e apresenta uma proposta de concretização do mínimo existencial, destacando ser ele composto por quatro elementos, que corresponderiam ao conteúdo da dignidade da pessoa humana: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça¹⁶². A autora explica que a saúde e a educação são um primeiro momento da dignidade da pessoa humana, “no qual se procura assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente”; por sua vez, a assistência aos desamparados é um conjunto de pretensões que visam “evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo”; e por fim, o acesso à justiça é “elemento instrumental e indispensável da eficácia positiva ou simétrica reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial¹⁶³”.

Vê-se que a tese da autora é no sentido de estabelecer aprioristicamente e em abstrato um rol de quatro elementos que compõem o núcleo do mínimo existencial, ou seja, as condições materiais básicas para a existência (a saúde básica, a educação fundamental, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça), sem as quais não se pode falar em concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto,

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** Op. cit., p. 288.

¹⁶³ Idem.

esta pré-definição do conteúdo é temerária, por restringir a um rol fechado de direitos subjetivos o mínimo existencial, afastando a possibilidade de satisfação de necessidades essenciais que não estejam diretamente vinculadas às matérias apontadas, de modo que estas condições materiais básicas podem ser utilizadas como um guia para o intérprete e para os órgãos responsáveis pela concretização da garantia do mínimo existencial.

Ademais, considerando-se que nem todos os direitos fundamentais têm fundamento direto na dignidade da pessoa humana, os direitos sociais (que não se reduzem ao mínimo existencial nem à sua dimensão prestacional) possuem um núcleo essencial, que pode ser identificado com o conteúdo em dignidade e ser compreendido como constitutivo da garantia do mínimo existencial, embora isso não afaste a necessidade de “contextualização e interpretação tópico-sistemática em cada oportunidade que se pretender extrair alguma consequência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana¹⁶⁴”.

Por esta razão, superando-se a ideia de mínimo vital pela de existência digna e reconhecendo-se a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial, a todos e a qualquer um são asseguradas prestações materiais mínimas, ou seja, há um conteúdo mínimo de direitos sociais que devem ser garantidos, como forma de satisfação das necessidades básicas - entre eles o direito à saúde - e sem os quais não se pode compreender a existência do cidadão e da democracia, nem se pode falar em efetivação da dignidade humana, tampouco da existência de liberdade.

Desse modo, essas prestações materiais mínimas somente permitirão reconhecer a existência de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos... Op. cit., p.573. Compartilha dessas objeções à Ana Paula de Barcellos o posicionamento de Paulo Gilberto Cogo Leivas, para quem o mínimo existencial tem natureza de princípio constitucional, em desacordo com a exclusão *a priori* da justiciabilidade dos direitos sociais, que não compõem o mínimo existencial, e com a afirmação de que o direito ao mínimo existencial é uma regra, pois às regras se chega com o resultado da ponderação dos direitos fundamentais. (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 133)

quando no caso concreto os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e do Estado Social preponderem sobre os princípios colidentes, como a competência orçamentária do legislador, a reserva do possível e o direito de terceiros¹⁶⁵.

Explica-se: em princípio se reconhece a existência de um direito *prima facie* aos direitos que visam à máxima satisfação das necessidades básicas, isto é, aos direitos que garantem a saúde e a autonomia humana; porém, quando as medidas adotadas pelo Estado não se mostrarem adequadas e necessárias para a preservação da vida e da dignidade humana, por ausência ou mesmo ineficácia das políticas públicas, surgem os direitos definitivos ou direitos subjetivos públicos.

Esses direitos resultam da ponderação dos direitos fundamentais colidentes, os quais poderão ser exigidos após a identificação das várias possíveis ações que podem ser empregadas para a efetivação do direito existencial. Tais medidas possíveis devem ser ponderadas, de modo que o Estado estará obrigado a executar aquela que se mostrar mais adequada e necessária, dentro das condições econômico-financeiras dos entes públicos, satisfazendo com maior intensidade ao direito existencial¹⁶⁶.

Assim, o direito ao mínimo existencial é um direito *prima facie*, pois está diretamente ligado à garantia das necessidades básicas e de liberdade do indivíduo, todavia, a partir do momento em que não são adotadas medidas que garantam esse nível mínimo, o direito fundamental ao mínimo existencial transforma-se em direito definitivo, podendo ser exigida do Estado a sua satisfação, que obedecerá à lógica dos princípios, independente da atuação legislativa ou executiva.

Destarte, podem-se identificar duas dimensões do mínimo existencial: uma “de não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente digna” e “o direito a exigir do Estado as prestações que traduzam esse mínimo¹⁶⁷”. Fica evidente que a primeira dimensão é

¹⁶⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria...**, Op. cit., p. 133.

¹⁶⁶ Ibidem, p.138.

¹⁶⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 194.

defensiva, no sentido de afastar as ingerências nas condições e na qualidade de vida já alcançadas pelo indivíduo, enquanto a segunda é uma dimensão prestacional do mínimo existencial, que garante ao indivíduo o direito de exigir prestações materiais.

Sobre essa duplicidade de medidas, constitucionalmente previstas para evitar a redução do valor intrínseco do ser humano, tem-se que:

La dimensión positiva de este derecho fundamenta i presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares... están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna¹⁶⁸.

Assim, pode-se considerar que o mínimo existencial respalda a pretensão às condições mínimas de vida digna, no sentido de dar ao cidadão o máximo possível para a garantia das suas necessidades básicas (dimensão positiva), e também cria um limite que o Estado não pode transpor, não lhe sendo permitido interferir nos recursos materiais, sob pena de lesar a integridade do indivíduo (dimensão negativa).

Esta dimensão negativa está intimamente ligada com a ideia do mínimo existencial no campo do direito tributário, pois compreende uma esfera de não intervenção estatal, que impede a oneração de bens mínimos necessários para uma existência livre e digna do indivíduo e de sua família. Esse campo de não intervenção do Estado decorre do princípio da dignidade, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, do princípio da capacidade contributiva, da cláusula do Estado Social, da liberdade e da igualdade real e efetiva dos indivíduos, bem como do dispositivo constitucional que garante a todo cidadão um rendimento suficiente para assegurar a si e a sua família uma existência livre e digna¹⁶⁹.

¹⁶⁸ ARAGNO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Fundamentales Sociales**. Bogotá: Legis, 2005. p. 214-215

¹⁶⁹ HONÓRIO, Cláudia. Op. cit., p. 167.

Assim, o mínimo isento de ingerência estatal abrange tanto a esfera de não intervenção na vida individual e física do indivíduo quanto a proteção de sua condição de indivíduo social, pois visa ao desenvolvimento da personalidade, o direito à vida e à saúde, à assistência social em caso de indigência, à proteção da família, entre outros benefícios¹⁷⁰.

Nessa linha, para José Carlos Vieira de Andrade, apesar de o regime dos direitos fundamentais sociais em Portugal ser diferente do regime dos direitos, liberdades e garantias, porquanto vinculam positivamente o legislador, que possui espaço autônomo de conformação política para determinação do conteúdo dos direitos, visando à sua realização consagrada na Constituição¹⁷¹, pode-se defender, ao menos em termos negativos, um direito a não ser privado pelo Estado daquilo que é indispensável a uma existência condigna¹⁷².

Assim, em que pese não reconhecer o dever estatal de garantia positiva do mínimo para uma existência com dignidade, o autor reconhece, numa perspectiva negativa, o direito a não ser privado pelo Estado do mínimo indispensável a uma vida com dignidade, que se consubstancia no direito à “não ablação” e à “não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência condigna”, isso porque se trata de prestações jurídicas que representam o “mínimo dos mínimos”¹⁷³.

Por essa razão é que se pode defender a existência de um mínimo existencial representado pelos bens necessários e essenciais ao ser humano, os quais, além de serem garantidos pelo Estado por meio de uma atuação positiva, também devem ser protegidos através da proteção de esferas de autonomia (âmbito negativo), no sentido da impossibilidade de tributar aquilo que o indivíduo já conquistou e é seu mínimo para uma vida condigna.

¹⁷⁰ MANZONI, Ignazio. Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano. *apud* HONÓRIO, Cláudia. Op. cit., p. 171.

¹⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 399.

¹⁷² *Ibidem*, p. 404.

¹⁷³ *Idem*.

1.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS OU DIREITO AUTÔNOMO?

Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, aos Estados signatários do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC - cabe a obrigação de assegurar, ao menos em níveis essenciais, cada um dos direitos econômicos, sociais e culturais, níveis básicos que estariam relacionados com o núcleo essencial desses direitos, no sentido de garantia do mínimo existencial à manutenção de uma vida com dignidade¹⁷⁴.

Trata-se aqui do mínimo existencial como um limite mínimo absoluto dos direitos fundamentais sociais que o Estado deve necessariamente proteger e garantir, independentemente de quaisquer outros fatores, sob pena de se estar negando um direito fundamental e a própria dignidade da pessoa humana. Como o direito fundamental ao mínimo existencial não tem previsão explícita na Constituição e não possui conteúdo específico, ou melhor, não se tem como predeterminar, delimitar, quantificar precisamente o que corresponde às necessidades básicas de um cidadão, pode-se dizer que esse direito “abrange qualquer direito em seu núcleo essencial¹⁷⁵”.

Não obstante, como observa Virgílio Afonso da Silva, essa correlação entre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais e o conceito de mínimo existencial não pode ocorrer de forma automática e intuitiva, pois o mínimo existencial pode ser usado pela doutrina em diversos sentidos, representando: (i) o que é garantido pelos direitos sociais, no sentido de que eles garantem apenas um mínimo existencial; (ii) a esfera dos direitos sociais que a tutela jurisdicional pode efetivar para a realização do mínimo existencial, de modo que o que extrapola é atribuição de uma

¹⁷⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p.200.

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 314

política legislativa; e (iii) a correlação do mínimo existencial com o conteúdo essencial¹⁷⁶.

Dessa maneira, só há razão de se falar em conteúdo essencial de um direito social a partir de uma teoria relativa, estando ligado a “um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito¹⁷⁷”. Deve-se considerar que os direitos fundamentais têm um suporte fático amplo, havendo clara distinção entre o direito em si e o direito eventualmente restringido. Isto se expressa na distinção entre princípios e regras e leva à aplicação da regra da proporcionalidade como forma de controle e aplicação dos princípios como mandados de otimização¹⁷⁸.

É que Virgílio Afonso da Silva adota um método dogmático analítico para estudar os direitos fundamentais e suas restrições, seguindo a teoria ampla sobre o suporte fático¹⁷⁹, o qual seria composto por três elementos: (i) um âmbito de proteção amplo, ou seja, o âmbito dos bens protegidos pelo direito fundamental; (ii) a intervenção estatal, sendo preenchido o suporte fático somente se o Estado intervier na esfera de liberdade individual; e, (iii) a ausência de fundamentação constitucional.

O autor demonstra que esse modelo de suporte fático se aplica melhor às questões relativas às liberdades públicas, ou, em outras palavras, à dimensão negativa dos direitos fundamentais ou aos direitos de defesa. Para o caso de direitos que exigem

¹⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 204.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 205.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 206.

¹⁷⁹ Para o autor, o suporte fático nada mais é do que o conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica em abstrato prevê e a ele imputa determinada consequência, produzindo reflexos diretos na forma de aplicação dos direitos fundamentais, na exigência de fundamentação das suas restrições e até mesmo a própria possibilidade da restrição, bem como sobre a existência de colisões dos direitos fundamentais. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, Op. cit., p.68). Segue essa mesma linha Robert Alexy ao tratar do suporte fático e da restrição dos direitos fundamentais, pois considera a teoria estrita como débil, pois não constituem a exclusão definitiva da proteção jusfundamental como um jogo de razões e contra-razões, ou seja, como o resultado de uma ponderação entre princípios, de modo que os juízos de direito fundamental só podem ser corretos se podem ser resultado de uma ponderação. Portanto, o suporte fático requer uma teoria ampla, que faz recair sobre o âmbito protegido tudo aquilo que esteja relacionado com a proteção do princípio jusfundamental. (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 311)

uma ação estatal, isto é, os direitos a ações positivas, as variáveis apresentadas merecem readaptação, pois os maiores problemas dos direitos sociais estão relacionados com a sua falta de efetividade¹⁸⁰.

Assim, para o caso dos direitos sociais, o âmbito de proteção, ou aquilo que é protegido, compreende as “ações estatais que fomentem a realização desse direito”, já, o conceito de intervenção deve ser invertido, pois intervir é “não agir ou agir de forma insuficiente”, enquanto o que se deve fundamentar constitucionalmente não é uma ação, como no caso das liberdades públicas, “mas uma omissão ou, alternativamente, uma ação insuficiente¹⁸¹”.

Nessa perspectiva, resgatando-se a ideia de mandado de otimização, fica claro que um direito social, por seguir, em geral, a lógica dos princípios, não garante direitos de forma absoluta e total, pelo contrário, pode ser realizado em diversos graus, devendo ser efetivado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto, sendo que o conteúdo essencial do direito será justamente aquilo que for realizado.

Conseqüentemente não se excluem, *a priori* e abstratamente, as situações, condutas ou prestações da proteção dos direitos sociais, para determinar o que está inserido dentro da garantia do conteúdo essencial desse direito, ou ainda o que corresponde ao mínimo existencial, pois se deve ter em conta a condição específica do titular do direito exigido no caso concreto; ou seja, há um direito *prima facie* a prestações que satisfaçam as necessidades materiais básicas, o qual será confrontado com outros interesses econômicos e sociais antes de sua concessão definitiva.

É que, partindo-se do pressuposto de um suporte fático amplo, determinar as condutas e as situações que estão abarcadas pelo conteúdo do direito social, como forma de garantia do indispensável para a existência humana digna, é apenas um primeiro passo, pois também é preciso haver o sopesamento dos interesses diante da situação concreta, antes de se proteger definitivamente tal direito.

¹⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, Op. cit., p. 76.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 78.

Destarte, ao se reconhecer que o âmbito de proteção aos direitos fundamentais deve ser o mais amplo e identificando-se a existência de conflito entre tais direitos e a consequente necessidade da ponderação de interesses como método para solucioná-lo, exige-se a adoção de uma teoria externa sobre as restrições aos direitos fundamentais. Pode-se identificar um processo bifásico de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, em que primeiramente se verifica, no caso concreto, se a situação insere-se no conteúdo *prima facie* do direito. Em caso positivo, questiona-se se o direito *prima facie* foi restringido por limites externos impostos por outros direitos ou princípios constitucionais, de forma a excluir a presença de um direito definitivo¹⁸².

Jane Reis Gonçalves Pereira explica com maior riqueza de detalhes esse processo de determinação do conteúdo do direito fundamental, asseverando que, na primeira fase, da forma mais ampla possível, o intérprete deve identificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, o conteúdo inicialmente protegido, sem considerar outros direitos individuais ou interesses sociais que eventualmente o afetem ou restrinjam; e na segunda etapa, com base em um raciocínio ponderativo, caberia sopesar o direito *prima facie* com direitos ou princípios constitucionais contrapostos, visando-se identificar o direito definitivo¹⁸³.

Assim, para se concretizar o direito fundamental ao mínimo existencial é preciso tentar identificar o seu conteúdo, o qual, apesar de não poder ser confundido com o núcleo essencial dos direitos sociais, está relacionado com certas dimensões desses direitos, ou seja, identifica-se com a garantia de um limite mínimo de direitos sociais, sem os quais não se tem como falar em dignidade humana e democracia. Isso se deve a que muitas vezes não é possível identificar em toda a sua extensão o alcance pretendido pelos enunciados constitucionais, mas apenas o seu conteúdo mínimo; ou melhor, é possível identificar um núcleo de condutas exigíveis, consistentes em condições elementares necessárias a uma existência humana, as quais estão

¹⁸² BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 248

¹⁸³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147

comprometidas com a dignidade humana, o que é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da democracia¹⁸⁴.

Cumprir considerar que a identificação de certas dimensões dos direitos sociais para garantia de condições elementares para uma existência humana com dignidade representa uma forma de concretização das prestações que fazem parte do mínimo existencial, isto é, são os conteúdos mínimos dos direitos fundamentais sociais que são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.

Explica-se. Apesar de não possuir um conteúdo, próprio e distinto dos outros direitos fundamentais, o direito fundamental ao mínimo para uma existência digna é direito autônomo, “cuja autonomia tem fundamento na necessidade de se assegurar um mínimo de eficácia direta ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸⁵”. Não se trata de eficácia imediata do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, pois nem todos os direitos fundamentais são meios materiais mínimos para se proteger a existência digna. Transparecendo-se, em uma análise perfunctória, que alguns direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, por exemplo) ao menos em seus núcleos essenciais fazem parte do conteúdo do mínimo existencial.

Por essas razões é que maior atenção merece ser dada à questão do conteúdo essencial dos direitos sociais, já que, de certa forma, ficou constatada a sua ligação com a delimitação do conteúdo do mínimo existencial. Em cada preceito de direito fundamental prestacional há a garantia de um conteúdo jurídico mínimo, embora de natureza principiológica e carente de desenvolvimento legislativo, o qual, na condição de elemento da ordem constitucional objetiva, determina os fins a serem cumpridos pelo Estado e pela sociedade para se ter um nível mínimo de convivência¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito... Op. cit., p. 809. Conforme o entendimento de Eurico Bitencourt Neto, em análise sobre a natureza do direito ao mínimo para uma existência digna, “o direito ao mínimo para uma existência digna não sendo diretamente estatuído por nenhuma norma jusfundamental, pode ser adscrito a três normas fundamentais: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social. Daí decorre que se trata de um direito fundamental autônomo, embora seja formado por posições ativas típicas de direitos de liberdade e de direitos sociais, sendo seu conteúdo composto por certas dimensões de outros direitos fundamentais”. (BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit., p. 166)

¹⁸⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit., p. 173.

¹⁸⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. cit., p. 204.

Assim, apesar de existirem restrições e limitações aos direitos fundamentais decorrentes do próprio texto constitucional, é, em geral, de competência do legislador ordinário a tarefa de concretizar e atribuir conteúdos aos direitos fundamentais, o que acaba por representar outra forma de restringi-los. Deve-se então lançar mão da teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais para estabelecer uma esfera mínima desses direitos, que não pode ser transposta, suprimida ou limitada através da atividade legislativa, sob pena de supressão da garantia do mínimo existencial.

Se é verdade que o mínimo existencial pode ter seu conteúdo identificado com parte do conteúdo essencial dos direitos sociais, o mesmo não se pode dizer quanto a ser ele direito definitivo, pois trata-se de direito subjetivo garantido *prima facie*, com natureza principiológica, sujeito a ponderação diante do caso concreto, antes de ser reconhecido propriamente como um direito definitivo. A favor do direito fundamental ao mínimo existencial estão os princípios da liberdade fática, da dignidade da pessoa humana, do Estado Social e da igualdade fática, porém existem outros princípios que podem restringi-lo, como a competência orçamentária do legislador, a limitação dos recursos e os direitos de terceiros. Assim, para se poder considerar o direito fundamental ao mínimo existencial como definitivo, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes¹⁸⁷.

Nessa mesma linha de que o mínimo existencial não pode ser assegurado incondicionalmente, por não existir um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, segue Daniel Sarmiento, para quem “quanto mais indispensável for uma prestação estatal para a garantia da vida digna do jurisdicionado, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para superar o direito *prima facie* garantido (...). Em outras palavras, ao se inserir determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado¹⁸⁸”.

¹⁸⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura... Op. cit., p. 299.

¹⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A Proteção..., Op. cit., p. 579.

Assim, em princípio, “toda ação, estado ou posição jurídica que faça parte do âmbito temático de um direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis. (...) o que caracteriza a amplitude da proteção¹⁸⁹” - o que não representa estar diante de direitos absolutos, pois o que é protegido *prima facie* poderá sofrer restrição posterior.

A ampla proteção dos direitos fundamentais, incluindo-se aqui o mínimo existencial, não significa que se trata de direitos absolutos e definitivos, pelo contrário, é consequência justamente da adoção da teoria ampla do suporte fático, pois não se reduz *a priori* a abrangência do que é protegido, de modo que apenas no caso concreto, após a aplicação da regra da proporcionalidade, é que se admitirá a restrição ao âmbito de proteção, como resultado da colisão entre os direitos.

Outrossim, toda essa discussão leva necessariamente ao tratamento dado à relação entre os direitos sociais e as suas restrições, segundo a teoria externa, pois, como as normas que consagram os direitos sociais seguem a lógica dos princípios, garantidos *prima facie*, somente a partir do paradigma dessa teoria - de que as restrições não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo, no caso concreto, restringir o seu exercício - [...] “se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem de ceder em favor de outro não tem afetadas sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*¹⁹⁰”. Em virtude da natureza principiológica, as normas de direitos sociais são, num primeiro momento, ilimitadas, exigindo que o direito seja realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes, o que traz, por dedução lógica, a ideia de que a realização de um princípio pode ser restringida pelos princípios colidentes¹⁹¹.

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, Op. cit., p. 110.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 138.

¹⁹¹ É a essa conclusão que Martin Borowski chega quando faz um estudo pormenorizado da estrutura dos direitos fundamentais, afirmando que “los derechos garantizados mediante principios son necesariamente derechos restringibles, que deben entenderse según la teoría externa. También es válido afirmar, em sentido contrario, que um derecho restringible está necesariamente garantizado em todo caso por um principio, si la restricción de este derecho es legítima solo si satisface el criterio material que representa el principio de proporcionalidad” (BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 77)

Em virtude da aparente abrangência das normas de direitos fundamentais, surge então, como forma de solução para a colisão desses direitos, a necessidade de restringi-los, pois não se podem admitir no ordenamento jurídico pátrio direitos absolutos. Isso pode ser realizado, basicamente, de duas formas: por meio das regras ou por meio dos princípios¹⁹².

As restrições aos direitos fundamentais geralmente são expressas pelas regras, isto é, pela atuação do legislador ordinário, o qual estabelece regras que proíbem uma conduta permissível *prima facie* por um direito fundamental ou autorizam uma atuação estatal que gera a restrição a um direito fundamental¹⁹³.

As restrições também podem ocorrer por meio dos princípios, pois quando há colisão entre dois ou mais princípios a solução implica numa restrição de pelo menos um deles, de maneira que a colisão tanto já pode ter sido objeto de ponderação pelo legislador, como não, cabendo aí aos órgãos jurisdicionais, diante do caso concreto, decidir sobre a prevalência de um dos princípios¹⁹⁴.

Fica evidenciado, desta forma, que adotar uma teoria externa sobre os direitos fundamentais e suas restrições é reconhecer a existência de duas coisas distintas: o direito em si, que não está restringido, e o que resta do direito após a sua restrição, que é o direito restringido. Assim, a relação entre o direito e a restrição é criada somente mediante uma necessidade externa do direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, bem como os direitos individuais e os bens coletivos. A correção da adoção desta teoria está justamente no fato de considerar as normas de direitos fundamentais como princípios ou posições *prima facie*¹⁹⁵.

Deste modo, é para definir o âmbito de proteção, a forma do exercício dos direitos fundamentais e assegurar a sua proteção a todos os membros da sociedade, que se faz necessário reconhecer a intervenção normativa do legislador ordinário, pois

¹⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, Op. cit., p. 141. (No mesmo sentido: BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 79).

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Ibidem, p.143.

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 268-269.

competete, precipuamente, a ele maximizar o cumprimento dos direitos fundamentais e criar as condições para que os direitos se tornem reais e efetivos, o que é feito por meio de normas restritivas e conformadoras¹⁹⁶.

Essa atividade legislativa conformadora dos direitos fundamentais representa a concretização da Constituição, a sua normatização, bem como é meio de atualizá-la sem que a legislação venha a substituí-la, mas tão somente a completá-la, como consequência de a Constituição ser um sistema aberto e dinâmico, que tem os seus momentos estáticos concretizados pelo legislador ordinário¹⁹⁷.

Por outro lado, como destaca Peter Häberle, para além da concretização dos direitos fundamentais, que estão previstos em normas de caráter geral, por meio da atuação do legislador ordinário, também incumbe à jurisprudência constitucional a sua efetivação, pois é desta forma que a constituição alcança vigência real¹⁹⁸ e os direitos fundamentais se adaptam à sociedade.

À primeira vista, esse posicionamento, para os opositoristas da teoria externa, poderia gerar uma exacerbação do decisionismo, pela falta de critérios racionais para o sopesamento dos interesses e um aumento da insegurança jurídica, pelo fato de as decisões sobre a colisão de direitos fundamentais ficarem na dependência da subjetividade do juiz - o que, *data vênia*, não pode prosperar¹⁹⁹.

Todavia, tomando-se por base as lições de Hans Kelsen sobre a essência da interpretação, não há como vislumbrar uma forma de excluir por completo a subjetividade da interpretação e da aplicação do direito, pois não se pode falar em apenas uma resposta possível e correta para os problemas interpretativos²⁰⁰, até porque

¹⁹⁶ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., p. 56.

¹⁹⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 182

¹⁹⁸ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquin Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 172-173

¹⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, Op. cit., p.146-150.

²⁰⁰ KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 247

nenhum método interpretativo é capaz de oferecer critérios objetivos segundo os quais os interesses contrapostos possam ser comparados para dirimir os conflitos de interesses²⁰¹. A interpretação científica do Direito é meramente cognoscitiva, no sentido de apenas estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica, portanto não é autêntica. Autêntica seria apenas a interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, pois representa uma ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha dentre as possíveis, criando o Direito²⁰².

O que se verifica hodiernamente, e pode ser tido como válido, então, é uma forma de elevação da racionalidade na interpretação e aplicação do direito por meio da criação de parâmetros que permitam um controle maior sobre a argumentação jurídica²⁰³. No que tange à segurança jurídica, no sentido de dar um maior grau de previsibilidade das atividades judiciais, verifica-se que esta pode ser atingida com um melhor acompanhamento crítico pela doutrina jurídica, procedimento que promove um controle social e faz com que aqueles que decidem tenham maior compromisso com a coerência de suas decisões²⁰⁴.

É neste sentido que se posiciona Jorge Reis Novais, pois a redução dos riscos do decisionismo e subjetivismo judicial para o caso concreto está relacionada com a estruturação e a racionalização dos procedimentos de controle da atuação estatal restritiva, por meio dos chamados *limites dos limites dos direitos fundamentais*, em outras palavras, pelo princípio da proporcionalidade em sentido lato²⁰⁵. Os elementos de objetividade capazes de reduzir o subjetivismo, o decisionismo e o intuicionismo do recurso ao método da ponderação podem ser colhidos dos princípios da proibição do excesso, inclusive na dimensão da proporcionalidade em sentido lato (adequação,

²⁰¹ Ibidem, p. 248.

²⁰² Ibidem, p.249.

²⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p.148.

²⁰⁴ Ibidem, p.149.

²⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 643

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), da razoabilidade e da determinabilidade -, do princípio da igualdade, do princípio da proteção da confiança e da reserva de lei²⁰⁶.

Ainda assim, mesmo que esses limites dos limites não estabeleçam um grau satisfatório de objetivação e racionalização ao procedimento de ponderação de bens, apresentarão sempre uma vantagem no processo de controle de constitucionalidade das restrições, uma vez que obrigam os tribunais a apresentar, de forma clara e estruturada, em razão da referência aos limites aplicáveis, o sentido e o processo de construção dos juízos de ponderação, o que promove a unidade e a segurança das decisões judiciais²⁰⁷.

Ademais, além da questão relativa à densificação dos direitos fundamentais por meio da legislação e até mesmo da jurisdição constitucional e da inevitável limitação de tais direitos, fica evidente que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais permite estabelecer também as ações positivas para atuação estatal. Em outras palavras, a garantia do conteúdo essencial não se preocupa apenas em estabelecer uma barreira para a atividade legislativa ou judicial, mas, mais que isso, também cria para os poderes públicos a obrigação de maximizar o exercício dos direitos fundamentais.

Transportando essa discussão para o âmbito do direito à saúde, Ana Paula de Barcellos aponta dois parâmetros para tentar diferenciar as prestações de saúde que compreendem o mínimo existencial, ou seja, que representam o conteúdo essencial do direito social à saúde (já que a autora considera o mínimo existencial como a esfera mínima dos direitos sociais que devem ser garantidos): (i) “à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas, tendo em vista a quantidade daqueles que necessitam dessa espécie de prestação²⁰⁸”; e, (ii) “inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de

²⁰⁶ Ibidem, p. 727.

²⁰⁷ Ibidem, p.728.

²⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito... Op. cit., p. 810.

saúde de que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente não de necessitar²⁰⁹”.

A partir desses dois parâmetros, conclui a autora que quatro seriam as prioridades constitucionais do direito à saúde que corresponderiam ao mínimo existencial: (i) prestação de serviço de saneamento, com a captação e derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição, bem como o esgotamento sanitário e a efluência industrial; (ii) atendimento materno-infantil, com o acompanhamento pré e pós-natal da gestante e da criança; (iii) ações de medicina preventiva, usando-se como parâmetro as condições mínimas obrigatórias de atendimento ambulatorial para os planos de saúde (Lei 9656/98), como consultas médicas ilimitadas em clínicas básicas e especializadas, serviços de apoio diagnóstico e de tratamento e procedimentos ambulatoriais; e, (iv) ações de prevenção epidemiológica, com o controle de epidemias²¹⁰.

Verifica-se aqui uma tentativa de concretizar o direito ao mínimo existencial em matéria de saúde, delimitando o conteúdo essencial desse direito. Pinça-se aspectos do direito fundamental à saúde, criando parâmetros para a efetivação de tal direito diante da análise do caso concreto, para dar maior fundamento às escolhas, com vistas à potencialização e maximização dos benefícios ao maior número de pessoas.

Fátima Vieira Henriques também destaca a necessidade de se estabelecerem critérios públicos subjetivos, a fim de se desenhar um padrão de assistência médico-sanitária em que a distribuição das prestações seja feita com justiça e equidade²¹¹. Com isso a autora assinala a existência de limites ao direito à saúde, tanto sob o aspecto da saúde coletiva quanto das prestações individuais de saúde²¹².

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Ibidem, p. 813-814.

²¹¹ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 828

²¹² Além da razoabilidade e da proporcionalidade, a autora aponta a universalidade (todos podem se beneficiar das ações e serviços públicos de saúde, previstos na Lei 8080/90, independentemente de filiação a regime previdenciário ou de prévio pagamento de contribuições, o

Fica evidenciado, no caso específico do direito à saúde, que se trata de direito diretamente conectado com o direito à vida (como condição de direito a ter direitos e pré-condição da dignidade humana) e com a própria dignidade da pessoa humana (como qualidade inerente da pessoa viva e expressão da sua humanidade), além de estar atrelado à proteção da integridade física e mental do ser humano, portanto, marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais²¹³.

Ademais, apesar de válidas, essas tentativas de fixação de parâmetros para se estabelecer o *quantum* do direito à saúde corresponde está inserido no conteúdo do mínimo existencial, não se pode esquecer que, ao longo do tempo, são constantes as evoluções no campo da medicina, das tecnologias, das curas e dos tratamentos, bem como as mudanças sociais e as necessidades humanas, de modo que não se pode estabelecer um conceito fechado e limitado *a priori*, devendo este ser verificado no caso concreto.

Diversamente, assevera José Carlos Francisco que, apesar de a delimitação do mínimo existencial dever ser feita no caso concreto, “há aspectos que objetivamente se caracterizam como mínimo existencial ou essencial em qualquer sociedade contemporânea, até porque se mostram como valores ou prerrogativas-meios imprescindíveis para a concretização de outros direitos essenciais à vida digna, como é o caso do acesso à saúde e à educação, sem os quais não é possível falar em igualdade e em liberdade²¹⁴”.

Deste modo, a saúde e a autonomia individual, de maneira ampla, são tratadas pelo referido autor como condições sem as quais não se concretiza a dignidade

que não significa oferta a todos livre de qualquer ônus), a igualdade (como proibição de discriminação e privilégio, mas também como igualdade de acesso e assistência, no sentido de vedação de concessão de medida individual que não possa ser estendida a todos que se encontrem na mesma situação) e a integralidade (o sistema público de saúde deve garantir atendimento integral aos usuários, abrangendo ações assistenciais, curativas e preventivas, o que não significa o fornecimento de quaisquer tratamentos ou medicamentos) como critérios que devem ser observados obrigatoriamente para se estabelecer concretamente quais prestações de saúde devem ser concedidas ou não. (Ibidem, p. 829-840).

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 343.

²¹⁴ FRANCISCO, José Carlos. Op. cit., p. 860.

humana, o que por si só já as insere no conteúdo do mínimo existencial, devendo os operadores do Direito garantir a maior efetividade concreta e eficiência possível da previsão constitucional²¹⁵.

Para Germano Schwartz, em vista de o direito à saúde ser direito público subjetivo oponível contra o Estado, o cidadão tem direito à sua imediata prestação efetiva, não estando sua fruição condicionada à prévia existência de condições materiais e institucionais, nem dependente de verba orçamentária²¹⁶, pois o que se está em jogo é a preservação da vida humana. O mesmo ocorrendo com o direito ao mínimo existencial, já que responsável pela garantia da dignidade humana, e, por esse motivo, compreende a garantia do direito a saúde e a autonomia individual.

Assim, conforme a melhor hermenêutica do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, deve-se dar ao mínimo existencial a maior aplicabilidade e eficácia possíveis, buscando-se a sua maximização no caso concreto através de dois critérios: (i) análise dos valores em jogo, de modo que “sempre que o princípio da preservação da vida e do respeito à dignidade humana estiver ameaçado, o Estado deve agir para estabelecer as mínimas condições existenciais²¹⁷”; e, (ii) “o cidadão e/ou estrangeiro residente no país deve ser pessoa necessitada, e que não possa arcar com os custos da manutenção de sua saúde sem comprometer seu sustento próprio e/ou de sua família²¹⁸”.

Desses posicionamentos pode-se extrair que: (i) devem-se maximizar gradualmente a prestação dos direitos sociais, em especial quando estiver em jogo a dignidade humana, o direito à vida e o mínimo existencial; (ii) quando houver colisão

²¹⁵ “Todos os preceitos constitucionais nascem com o compromisso da ampla eficácia, razão pela qual o operador do Direito deve procurar dar a maior efetividade concreta e eficiência aos comandos da Constituição. Portanto, o intérprete das normas constitucionais deve buscar a máxima efetividade e eficiência dos seus comandos expressos e implícitos. Ocorre que, o princípio da máxima efetividade ganha especial relevância no caso dos direitos e garantias fundamentais, que representam prerrogativas indispensáveis à realização da natureza humana, aspecto que evidencia a necessidade de compreendermos os preceitos que dispõem sobre esses temas sempre com a maior abrangência possível”. (Ibidem, p.863)

²¹⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. cit., p. 79.

²¹⁷ Ibidem, p. 82.

²¹⁸ Ibidem, p. 83.

de bens constitucionais, em um caso concreto, existirá um direito definitivo a prestações que englobam o mínimo existencial, como decorrência do resultado da ponderação do direito à vida e à dignidade humana com os demais interesses, de modo que aquilo que ultrapasse esse mínimo é direito subjetivo *prima facie*, exigindo a comprovação da necessidade do titular do direito; e, (iii) não se pode excluir *a priori* nenhum direito que esteja no âmbito de proteção dos direitos sociais, para se estabelecer o conteúdo do mínimo existencial, pois isto depende das condições fáticas e jurídicas das colisões entre os direitos e interesses, na análise do caso concreto.

Destarte, para se determinar qual o conteúdo do mínimo existencial, é preciso haver uma complexa fundamentação que justifique eventuais não realizações dos direitos sociais, pois os direitos que compreendem o mínimo existencial devem ser realizados na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.

Assim, quando ocorrerem situações em que o direito ao mínimo existencial não esteja protegido, quer por ações ineficientes ou mesmo por omissões dos poderes públicos, inicialmente legitimados para estabelecê-los, não há como se afastar a possibilidade de socorro à via judicial. Como autêntico e autônomo direito fundamental que é, o direito ao mínimo existencial tem aplicabilidade imediata e por essa razão, garante ao seu titular poder exigi-lo, visando dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e concretização aos direitos sociais consagrados na Carta Constitucional.

No tocante a esta questão, cumpre observar que a possibilidade de judicialização das questões envolvendo a efetividade dos direitos sociais, ou mais especificamente, o mínimo existencial que tem seu conteúdo em parte do conteúdo essencial dos direitos sociais, tem dividido a doutrina entre aqueles que lhe são favoráveis e os que lhe são contrários, o que será explorado no próximo capítulo.

2 DOCTRINAS SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

Com o reconhecimento do direito ao mínimo existencial e com a consagração constitucional dos direitos sociais como categoria de direitos fundamentais, denota-se uma mudança na perspectiva da discussão desses direitos, pois eles não se limitam mais à mera defesa da liberdade individual, mas, sobretudo garantem posições subjetivas prestacionais, de modo que se pode exigir do Estado ações positivas ou negativas, que devem ser valoradas em conformidade com os interesses da coletividade, com vista à sua concretização.

Nesta perspectiva e diante do que foi desenvolvido no capítulo anterior, o direito à saúde é direito social complexo, intimamente ligado com as formas de dirimir as desigualdades sociais e assegurar uma vida digna, pois pretende garantir a liberdade real dos indivíduos e a igualdade material mediante prestações materiais integrais, que visem tanto ao tratamento e recuperação de doenças como à promoção e à proteção da saúde, com o fim de se atingir o maior grau possível de bem-estar físico, mental e social de toda comunidade.

Assim, ao se tentar determinar quais prestações estão inseridas nesse dever estatal de efetivar o direito à saúde, verifica-se que a cobertura deve ser a mais integral e abrangente, de forma a não se excluir *a priori*, em abstrato, qualquer medida que interfira na saúde individual e coletiva, pois, como visto, deve-se cobrir o máximo possível de ações, de maneira que apenas nas hipóteses concretas, através da conjugação de alguns fatores como a necessidade, a adequação da medida e a proporção de sua concessão se poderá estabelecer o seu conteúdo definitivo e, por consequência, sua efetividade. Nessa ordem de ideias surge para a doutrina a controvertida questão envolvendo a viabilidade da implementação judicial do direito à saúde e a garantia dos direitos que correspondem ao mínimo existencial.

Deste modo, ressalta-se que o problema é o da implementação judicial dos aspectos ou dimensões prestacionais nas hipóteses em que há omissões ou prestação insuficiente. Pois, na dimensão de direito de defesa ou quando há lei, política pública

estabelecida ou prestação satisfatória do direito à saúde não é um problema, vez que eventual atuação do Judiciário ocorrerá apenas para cumprir regras já estabelecidas.

Nesse diapasão, em geral será possível identificar, de um lado, aqueles que são contrários à efetividade judicial do direito social à saúde com base em argumentos como a diferenciação entre a matriz democrática e a matriz liberal, o custo dos direitos, a desigualdade no acesso à justiça, a possibilidade de lesão à separação dos poderes e os riscos de desorganização administrativa pelo atendimento de interesses individuais; e de outro, os que se posicionam favoravelmente à implementação judicial, lastreando-se em argumentos como a liberdade de conformação do legislador e o princípio democrático, o custo de todos os direitos, a proibição do retrocesso social, a judicialização como controle da essencialidade das prestações, a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e a criação de elementos hermenêuticos.

Por esta razão, se apresentará neste capítulo uma compilação desses argumentos contrários e favoráveis à efetividade judicial do direito à saúde nos termos delimitados no objeto deste trabalho, com o intuito de identificar, ao final, se esta concretização está restrita ao mínimo existencial – ou não – e qual o melhor caminho a seguir, o que será possível a partir dos diversos posicionamentos trazidos pela doutrina pátria, não se podendo olvidar que um mesmo argumento é utilizado, ao mesmo tempo, pelas duas correntes, para defender ou afastar tal possibilidade.

No entanto, primeiramente, a título de esclarecimento e introdução dessa discussão entre os favoráveis e contrários à implementação judicial do direito social à saúde, impende trazer algumas considerações terminológicas sobre as normas constitucionais e sua aplicabilidade, porquanto “a aplicabilidade é a qualidade do que é aplicável, e a norma constitucional só é aplicável na medida em que é capaz de produzir efeitos jurídicos, e nos limites dessa capacidade²¹⁹”.

Isso permitirá uma maior precisão conceitual do estudo, uma vez que, no desenvolvimento dos presentes escritos, os termos concretização, efetividade,

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 17

materialização e implementação são utilizados de modo displicente pela maior parte dos autores, visando representar a consecução no plano concreto (real) do disposto abstratamente no texto constitucional, ou seja, ao se atribuir conteúdo ao texto constitucional também se materializam as normas a serem aplicadas nos casos concretos, isto para que se cumpra a finalidade da verdadeira concretização dos direitos fundamentais, muito embora não se desconheça a tese daqueles que defendem a existência de diferenças entre tais categorias.

Konrad Hesse destaca que a realização ou a materialização das normas constitucionais é um passo no processo de solução dos problemas jurídicos atuais, levando-se em consideração as singularidades das relações concretas, de maneira que a concretização será uma forma de se obter um resultado correto da interpretação constitucional, pois completa o conteúdo da norma de forma racional, aproximando a Constituição da realidade²²⁰. Neste sentido, pode-se interpretar que, a partir do pensamento de Hesse, a implementação judicial do direito à saúde nada mais é do que a concretização da própria Constituição, e tal inferência pode ser complementada pelo *postulado interpretativo da máxima efetividade da norma constitucional*. Em outras palavras, a interpretação constitucional é imprescindível para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição (bem como para sua concretização), estando o ato interpretativo submetido à regra hermenêutica da ótima concretização da norma constitucional, estando a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigurando possível que a interpretação faça dos direitos tabula rasa, com mera aplicação subsuntiva²²¹.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

De antemão, é possível observar que no âmbito do Direito Constitucional e no da Teoria do Direito há grande preocupação com a classificação das normas

²²⁰ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98 e 108.

²²¹ HESSE, Konrad. **A força...**, Op. cit., p. 22.

constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade, havendo algumas particularidades que devem ser esclarecidas. É que os direitos fundamentais típicos do Estado Social e Democrático de Direito conferem aplicabilidade imediata às normas constitucionais, no sentido de se reconhecer que o texto constitucional é dotado de imperatividade e, por conseguinte, todas as suas normas possuem eficácia, ou seja, capacidade de produzir efeito jurídico. Tal conclusão é possível a partir do conhecimento do dogma de que as normas constitucionais, apesar de sua linguagem vaga e aparentemente – simplesmente – enunciativas de direitos, na realidade comandam o processo de *integração normativa na formação – conformação – do sistema jurídico: trata-se tal raciocínio da doutrina da força integrativa da Constituição*.

Desta maneira, como a concretização dos direitos fundamentais também depende do modelo econômico adotado pelo País e, por conta de o Brasil seguir a linha de um Estado Social e Democrático de Direito, encontra-se então este país amplamente comprometido com a realização e a salvaguarda dos direitos sociais, ou melhor, com a prestação direta pelo Estado de alguns serviços públicos como saúde, educação e assistência social através da adoção de políticas sociais e, em casos extremos, até pelos Tribunais²²².

Essa peculiaridade constitucional, portanto, está intimamente ligada ao fato de o texto constitucional ser composto por normas que, em sintonia com o sistema jurídico infraconstitucional, incorporam-se às condutas humanas na realização dos fatos juridicamente relevantes. Logo, só haverá que se falar em um “direito” concreto quando houver atuação humana, pois é desta forma que ele se realiza, formando e conformando a realidade social, cumprindo a Constituição sua função na vida comunitária²²³.

²²² Marcos Augusto Maliska destaca o que representa o Estado Social Democrático de Direito na atualidade, não pela sua atuação direta ou indireta na economia, mas pelo seu “(...) comprometimento constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda, no tocante à prestação direta de serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são a saúde, educação e assistência social”. (MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 2001. p. 53).

²²³ HESSE, Konrad. **Temas...**, Op. cit., p. 95.

Destarte, essa realização concreta do direito depende do quanto a Constituição efetivamente motiva e determina a conduta humana, isto é, da medida que as suas normas tenham vigência real, estando isto relacionado com o que Konrad Hesse denomina força normativa²²⁴. A força normativa está condicionada pela “possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição” e pela “vontade constante, dos implicados no processo constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição²²⁵”. Sendo assim, a Constituição não pode estar isolada da realidade e, por este motivo, como suas normas possuem maior ou menor efetividade, necessitam de concretização.

No processo de concretização das normas constitucionais, o intérprete ganha papel de destaque. Nesse diapasão, visando influir na função do intérprete da Constituição é preciso dar maior atenção a algumas particularidades daquelas normas, não podendo se descurar, como constata Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade imediata²²⁶.

Com efeito, afirmar que as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata, não implica em tratar da eficácia plena e ampla dessas mesmas normas, já que eficácia e aplicabilidade são coisas distintas²²⁷. Sendo assim, imperioso constatar que nem todas as normas constitucionais possuem um mesmo grau de eficácia e, capacidade de incidência máxima, independente de outras normas infraconstitucionais²²⁸.

²²⁴ Ibidem, p. 96.

²²⁵ Ibidem, p. 97.

²²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 12

²²⁷ Conforme nos lembra Virgílio Afonso da Silva, José Afonso da Silva – em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* –, apesar de fazer certa diferenciação entre os dois termos (eficácia e aplicabilidade), conclui tratar-se de um fenômeno conexo, aspectos de um mesmo fenômeno. Assim, não há naquela obra precisão em tais conceitos, pois se a norma não dispusesse de todos os elementos necessários para a sua aplicação nos casos concretos, faltar-lhe-ia eficácia e aplicabilidade. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...**, Op. cit., p. 210)

²²⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

Deste modo, mesmo que a Constituição deva ser concebida de forma unitária, com os aspectos econômico, sociológico, jurídico e filosófico, suas normas devem estar em consonância com a realidade social, o que lhe atribui conteúdo fático e valorativo, afastando-se da noção de Constituição como mera folha de papel²²⁹. Por conseguinte, a princípio todas as normas aí inseridas devem ser aplicadas na medida em que correspondam aos anseios sócio-culturais da comunidade a que se destinam, por conta até da responsabilidade solidária entre o Estado e a sociedade civil na concretização dos direitos, podendo ocorrer de algumas normas exigirem mais elementos, maior regulamentação por legislação integrativa posterior para que haja plena efetivação dos dispositivos, o que não significa que existam normas não-jurídicas no texto constitucional, como pretendem os defensores das normas programáticas²³⁰.

Assim sendo, quando se fala em exigibilidade e/ou aplicabilidade do Direito se está a dizer que as normas constitucionais são vinculantes, imperativas, exigindo-se que todos ajam conforme a prescrição normativa válida, obedecendo e aplicando aquela determinada norma. De outro turno, a eficácia está ligada ao comportamento efetivo em relação à norma jurídica aplicada e o correspondente acatamento que ela

²²⁹ Veja-se que, tanto o Estado como a sociedade civil organizada assume importante papel na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Pois, “O Estado, pela sua própria natureza, tem a função de fomentar políticas públicas que visem à inclusão social, visto que esta é uma das causas principais para o pouco de dignidade que tem uma parcela muito grande da população brasileira. A sociedade civil, por sua vez, tem como papel fiscalizar e colaborar com os órgãos estatais na melhora das condições sociais de vida das pessoas. Esta responsabilização conjunta pela concretização dos direitos fundamentais é inerente a um país que se diz democrático e que assume os desafios da transformação social como desafio de todos, como responsabilidade solidária. Justiça social somente é possível com sentimento claro de solidariedade social. Sem um pacto social de solidariedade, o Estado é incapaz de propor políticas com vista a transformação social”. (MALISKA, Marcos Augusto. *A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional*. In: CLÈVE, Clemerson Mérlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coord.) **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 552).

²³⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade...**, Op. cit., p. 47. No mesmo sentido, conforme conclui Paulo Ricardo Schier sobre a normatividade das normas constitucionais, a partir do diálogo intertextual das propostas de Konrad Hesse (com a força normativa da constituição) e Ferdinand Lassale (com a essência da Constituição nos fatores reais de poder que formam a sociedade), há “(...) a necessidade de se vislumbrar a Constituição em sentido jurídico, formal, dotada de certa normatividade e vinculatividade (ainda que para sua total efetivação devam comparecer outros elementos (...)).” (SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 76.)

impõe. Nesses termos, a primeira é uma qualidade do Direito e a segunda decorre do comportamento efetivo em relação à norma, motivo pelo qual, coincidindo a vigência e a obediência às normas, caracteriza-se a efetividade do ordenamento jurídico. Trata-se, assim, da capacidade de uma norma produzir os seus efeitos, isto é, como a norma se projeta na sociedade²³¹.

Veja-se que por conta da normatividade da Constituição se tem duas coisas distintas: a produção dos efeitos jurídicos e dos efeitos sociais, sendo que a efetividade da norma compreende a realização do direito, no sentido jurídico quando a norma jurídica possui todos os seus elementos, podendo produzir seus efeitos no mundo fático (a norma é vigente) e no social quando a norma é respeitada pela sociedade, com o amplo cumprimento dos preceitos normativos (a norma é obedecida).

Com efeito, a efetividade representa “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social²³²”.

Tal efetividade das normas (no sentido do direito desempenhar concretamente sua função social) pode verificar-se espontaneamente, pelo poder político e por obra de uma sociedade organizada e participativa. Contudo, tal incumbência também caberá ao Judiciário, que poderá e deverá utilizar mecanismos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, pois “o Direito existe para realizar-se²³³”. Assim, a

²³¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 191-198.

²³² BARROSO, Luis Roberto. **O direito...**, Op. cit., p. 82. Como expõe Eros Roberto Grau, inspirado nas lições de Friedrich Muller, não há que se falar em tensão entre o direito e a realidade, pois a interpretação das normas e a concomitante aplicação do direito de ser entendida como a produção prática do direito. Por isso, “a articulação do ser e dever-ser [relação *norma-fato*] é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática e, por consequência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição. A *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir dos elementos que se depreendem do *texto* [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade [mundo do ser]”. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 318)

²³³ BARROSO, Luis Roberto. **O direito...**, Op. cit., p. 84.

Constituição como norma suprema de um ordenamento jurídico deve ser aplicada, encontrando-se nela própria a força normativa e a garantia da eficácia de suas normas, mesmo que decorrente de aplicação judicial coativa, quando essas não são espontaneamente observadas²³⁴.

É que, como um sistema normativo composto de regras e princípios, a Constituição regra e institucionaliza o fenômeno político, almejando a sua concretização no mundo dos fatos. Assim, existe para se efetivar, mas, a efetivação só ocorre quando “os valores descritos na norma correspondem aos anseios populares, existindo um empenho dos governantes e da população em respeitar e em concretizar os dispositivos constitucionais²³⁵”.

A concretização da norma constitucional passa, assim, por três planos de interpretação a fim de atingir a plena efetividade de suas regras e princípios. Os valores estabelecidos no texto constitucional (interpretação sintática) devem estar em consonância com os anseios sociais (interpretação semântica), devendo existir uma pressão popular para que os detentores do poder político e econômico cumpram o disposto na Constituição e efetivem os preceitos, princípios e valores nela contidos (interpretação programática), evitando-se falar em normas meramente programáticas²³⁶.

²³⁴ Como assevera Eros Roberto Grau, o Judiciário é o aplicador último do direito, motivo pelo qual poderá aplicá-lo, caso a Administração Pública, o particular ou até mesmo o Legislativo, de quem se reclama a correta aplicação do direito, se negue a fazê-lo. Desta maneira, “(...) Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação”. Até porque, o juiz não é a boca da lei, “(...) Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo -, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *dever-poder*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo renovação (atualização) do direito. (...)”. (GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 320-321). Não se trata de nenhum modo de atribuir ao Judiciário o poder de estatuir normas gerais e abstratas.

²³⁵ SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>. Acesso em: 06.04.2010.

²³⁶ Idem.

O discurso constitucional deve partir, então, da ideia de Constituição normativa, no sentido de uma Constituição real e efetiva, que deve ser observada por todos e deve estar integrada na sociedade e a sociedade nela. Por isso como em uma simbiose, o processo político do poder é dominado pelas normas da Constituição ou, ao menos, deve adaptar-se a elas. E tudo isso visando atingir uma normatividade integral da Constituição, onde o Direito conformará a realidade social e, por meio da hermenêutica, se realiza, aprende e atualiza com a realidade²³⁷.

Desta maneira, só se poderá falar em concretização de uma norma constitucional quando tiver seus elementos estruturais completos, integrados e em consonância com todo o sistema constitucional; os valores contidos nas normas representem um conjunto de valores da sociedade; havendo atuação forte dos governantes e da sociedade como um todo para cumprir os dispositivos constitucionais, inclusive aqueles que garantam direitos subjetivos independentemente de legislação infraconstitucional.

Essa análise nos remete ao que, nos idos de 1933, com razão, já lecionava Rui Barbosa. Partindo da noção de que “Não há, numa Constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições”, deduziu-se que, “Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos²³⁸”. Desta maneira, pode-se afirmar que as normas constitucionais se impõem, por serem vinculantes e são imediatamente aplicáveis, não podendo ser consideradas meros conselhos ou orientações. Ao passo que, quanto à intensidade dessa efetividade (e não eficácia) as disposições constitucionais, poderiam ser distinguidas em *auto-executáveis* e *não auto-executáveis*.

Segundo Rui, as normas auto-executáveis são “(...) as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e

²³⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 96-97.

²³⁸ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 489.

preservação²³⁹”. Outrossim, seriam normas não auto-executáveis aquelas que “(...) não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem²⁴⁰”.

Não obstante, tal distinção entre as normas auto-executáveis e não auto-executáveis se origina na doutrina de origem norte-americana de Thomas Cooley, que em sua tipologia classifica as normas constitucionais em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*²⁴¹, podendo ser, em certa medida, utilizada para tratar do problema da efetividade das normas constitucionais. A primeira dota o seu destinatário de todos os meios necessários para que o seu direito seja fruído e resguardado, podendo inclusive tomar medidas de execução do dever imposto; já as *not self-executing provisions*, por ausência de meios normativos suficientes para o seu efetivo exercício, ficarão aguardando que legislação infraconstitucional lhe torne fruível²⁴².

Observa-se que toda essa diferenciação possui grande relevância para o caso específico dos direitos fundamentais sociais, em especial para o direito à saúde. É que, como já exposto anteriormente, para haver concretização dos valores subjacentes ao texto constitucional, exige-se na maioria das vezes uma atuação positiva estatal²⁴³, através, por exemplo, da implementação de políticas públicas, da alocação de recursos e da destinação orçamentária – funções estas que são próprias dos poderes políticos, o que não representa afirmar que tal direito não seja imediatamente aplicável. Isso porque outros dispositivos constitucionais tornam o direito à saúde, em alguma

²³⁹ Ibidem, p. 488.

²⁴⁰ Ibidem, p. 489.

²⁴¹ COOLEY, Thomas. **A Treatise on the Constitutional Limitations**. Boston: Little Brown and Company, 1890. p. 98-99.

²⁴² Ibidem, p. 99-100.

²⁴³ Lembre-se que o direito à saúde, na maior parte das vezes, exige uma atuação positiva do Estado, mas também há uma dimensão negativa, no sentido de o Estado não interferir e não retirar do indivíduo o mínimo para a garantia de sua dignidade. (Vide capítulo 1, item 1.1)

medida, fruível, pois trata-se de um direito exequível por si só (para utilizar a linguagem de Manoel Gonçalves Ferreira Filho) ou auto-executável (para relembrarmos Rui Barbosa e Thomas Cooley), pois geram direitos subjetivos para que as pessoas, individualmente ou de modo coletivo, exijam judicialmente a atuação do Estado para efetivar/concretizar tal direito, ao menos no que compreende o mínimo existencial.

Ademais, além do dispositivo constitucional do artigo 6º – que prevê o direito fundamental social à saúde – há inúmeros outros, ligados ao título “Da ordem social”, bem como o artigo 196 e seguintes que estabelecem a forma universal e igualitária da prestação do direito a promoção, proteção e recuperação da saúde, como um direito de todos e um dever do Estado. Portanto, a forma do seu exercício está disciplinada no próprio texto constitucional e é auto-executável. Porém, ainda que reste certa incompletude, o ordenamento jurídico não afasta de todo a aplicabilidade dessas normas, em especial quando essas normas definem direitos fundamentais, pois atribuem justamente ao seu aplicador a complementação do conteúdo²⁴⁴.

Em suma, as normas constitucionais que dispõem sobre o direito fundamental social à saúde, quando exigem prestações negativas, são de aplicabilidade imediata porque implicam em um não fazer do Estado, visando proteger a liberdade individual e, quando ensejar prestações positivas estatais para satisfação de um interesse ou entrega de um bem também, ensejando em inconstitucionalidade sancionável judicialmente a ausência injustificada da prestação ou uma prestação insuficiente pelos poderes públicos. Isto é, em caso de injustificável inércia dos poderes políticos ou manifesta inadequação das medidas adotadas para efetivar tal direito, tornando-o concreto e adequado às necessidades sociais, deve-se reconhecer a possibilidade de socorro a uma via alternativa, o Judiciário, já que não há como se afastar a força normativa das normas constitucionais²⁴⁵. Até porque, mesmo não havendo atuação dos

²⁴⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 387-388.

²⁴⁵ É neste mesmo sentido que Celso Antônio Bandeira de Melo advoga, pois partindo da premissa de a Constituição não é um ideário, mas um conjunto de regras impositivas para o Estado e para os indivíduos, afirma não haver normas jurídicas destituídas de eficácia. O que existe é que algumas normas investem os indivíduos, desde logo, em direitos com maior densidade do que outras.

poderes públicos, diga-se Legislativo e Executivo, visando efetivar as normas constitucionais que prevêm o direito à saúde, concretizando tal direito, esse poderá ser efetivado ao menos no que tange ao mínimo para uma existência digna pelo Judiciário.

Em última análise, ressalta-se que todas estas particularidades aduzidas sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais eram indispensáveis, pois servem de pano de fundo para um estudo mais criterioso dos problemas constitucionais relacionados com a efetividade pela via judicial dos direitos sociais e a sua adequada solução, como se verá no desenvolvimento a seguir, pela sistematização dos argumentos contrários e favoráveis à intervenção judicial.

2.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EFETIVIDADE JUDICIAL.

Uma das principais linhas de argumentação decorre da análise econômica do direito, estando relacionada como custo dos direitos e o limite fático da reserva do possível, pois a efetivação dos direitos sociais prestacionais estaria na dependência da disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, ademais, deve ter capacidade jurídica para deles dispor. Além disso, por meio da atuação do legislador ordinário há alocação dos recursos públicos, estabelecendo-se as políticas públicas. Assim, não pode o Judiciário concretizar políticas públicas em matéria de direitos sociais, pois isso representaria uma afronta à separação dos poderes e ao Estado de Direito²⁴⁶.

A partir dessa ideia, então, é possível examinar a força jurídica (eficácia) das distintas regras constitucionais, reconhecendo direitos que podem ser efetivamente invocados desde logo pelos seus interessados. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 11-17).

Concluindo o mesmo autor que “(...) a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição (...)”. (Ibidem, p. 28).

²⁴⁶ Observa-se que Ingo Wolfgang Sarlet é pela validade da judicialização, contudo nesta parte de sua obra pesquisada elenca alguns argumentos da doutrina para afastar tal possibilidade. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 328.

A partir dessa análise, para se levar a sério os direitos fundamentais é necessário ter em consideração os seus custos. Assim, partindo de noções básicas da economia, constata-se que “os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas²⁴⁷”. Por essa razão, diante da escassez de bens, é inevitável o surgimento de conflitos de interesses individuais, devendo-se valer da ponderação entre princípios para se determinar a solução, porquanto a “alocação de recursos em uma sociedade está sempre associada a um sistema de atribuição de direitos”, de modo que alguns direitos serão atendidos e outros não, envolvendo escolhas trágicas²⁴⁸.

Assim, inspirado nas ideias centrais do “custo dos direitos” desenvolvidas por Cass Sustein e Stephen Holmes²⁴⁹ sobre a relação entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social, pretende-se demonstrar que todos os direitos fundamentais são positivos e demandam algum tipo de prestação pública, implicando conseqüentemente em custos²⁵⁰.

Aferir os custos dos direitos permite dar maior qualidade às escolhas públicas trágicas, isto é, permite escolher como e onde se deve gastar os insuficientes recursos públicos, devendo essa escolha espelhar os valores e anseios da sociedade²⁵¹. Conclui-se que o custo dos direitos não é algo externo, mas interno ao direito, não podendo ser utilizado como mero óbice à realização dos direitos sociais, pois os recursos financeiros são pressupostos que viabilizam a sua realização²⁵².

²⁴⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 155

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 158-159

²⁴⁹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 219-222. Nesta obra, os autores americanos apontam que “apparently nonwelfare rights are welfare rights too”, ou seja, que os direitos negativos ou de não intervenção estatal são também direitos positivos (como o subsídio estatal para a educação ou construção de moradia) e, por essa razão “all legal rights are, or aspire to be, welfare rights”.

²⁵⁰ GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, p. 198 – 202.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 205.

²⁵² *Ibidem*, p. 234.

Para tanto, propõe-se uma revisão do conceito de direito subjetivo para incluir os custos dos direitos, com vista a aproximar o mundo jurídico e as decisões judiciais do mundo real. Deste modo, a partir de uma visão pragmática dos direitos fundamentais (considerações ética e suas respectivas implicações práticas), a análise do custo dos direitos permitiria aprimorar a adequação das normas jurídicas à realidade e aos valores, de modo a funcionarem como condicionantes reais dos direitos fundamentais. Assim a justiciabilidade dos direitos fundamentais se tornará dependente da aferição das reais possibilidades orçamentárias, de maneira que os benefícios justifiquem os custos²⁵³.

Denota-se nesse posicionamento que o custo dos direitos está inscrito dentro do próprio conceito de direito fundamental, motivo pelo qual só se reconhece a possibilidade de judicialização dos direitos sociais, ou a sua condição de direitos subjetivos, quando aferida a real possibilidade econômica do Estado em torná-los efetivos²⁵⁴.

Justifica-se, assim, a opção por uma teoria pragmática em virtude de ela ampliar os horizontes no que tange aos beneficiados dos direitos fundamentais, já que diante dessa análise deve-se ter em conta as consequências práticas futuras das decisões. Não se pode admitir que um mesmo direito seja concedido a uns e negado à coletividade, pois o objetivo da análise econômica do direito é justamente maximizar os direitos fundamentais para todos (ideia de coletividade), e não para apenas alguns poucos (minorias)²⁵⁵.

Denota-se do fato dos recursos públicos não serem infinitos, uma maior preocupação para que não haja desvirtuamento na prestação dos serviços públicos, já que o Poder Público muitas vezes acaba deixando de investir na saúde coletiva e de

²⁵³ Ibidem, p. 340-342.

²⁵⁴ Veja-se como expõe o autor: “A existência de um determinado direito fundamental, contudo, depende também e principalmente da verificação, dentre muitas outras condicionantes fáticas e jurídicas, das possibilidades financeiras para realizá-lo em um determinado momento e da justificação em termos de custo-benefício”. (Ibidem, p. 343)

²⁵⁵ Ibidem, p. 346.

assistir os mais necessitados para arcar com as despesas individuais, muitas vezes desnecessárias e imorais. Assim, ao promover uma distribuição indiscriminada e gratuita de bens na área de saúde, acaba por concentrá-los, desnaturando as suas características, como o acesso igualitário e universal²⁵⁶.

Destarte, apesar de o direito à saúde ser direito subjetivo quando previsto em lei, ou seja, poder representar uma exigência em face do Poder Público, não pode fazê-lo de forma incondicionada. Deverá ser analisada a condição individual de cada interessado, de modo que as políticas sociais e econômicas visem ao acesso universal e igualitário, pois “a responsabilidade do Estado não é imediata, cabendo ao interessado esgotar as demais possibilidades antes de se voltar contra o Estado²⁵⁷”, uma vez que o que deve imperar é a solidariedade social.

Implícitas neste discurso encontram-se também a ideia de limitação ao recurso à via judicial e a existência de um “princípio da realidade”, que exigem a comprovação da hipossuficiência material do interessado para se acolher a pretensão individual, uma vez que as demandas por prestações de saúde pelo Poder Público envolvem altos custos e estes estão condicionados à “reserva do possível”²⁵⁸.

De outro ponto de vista da aplicação da reserva do possível à questão da efetivação judicial do direito à saúde, partindo da concepção de que, apesar de consagrados na Carta Política, os direitos fundamentais não são autoaplicáveis e autossatisfativos, mas dependentes dos administradores públicos²⁵⁹, que irão conciliar finalidade e necessidade, observando as suas obrigações mínimas e essenciais para com o cidadão. É que, muitas vezes o Estado precisa primeiro zelar pela ordem econômica, para depois custear a concretização dos direitos econômicos, sociais e

²⁵⁶ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 17

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Ibidem, p. 19.

²⁵⁹ PEREIRA, Flávia do Canto; COELHO, Helenira Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 160

culturais mínimos para o desenvolvimento digno do indivíduo²⁶⁰. Assim, a efetivação dos direitos sociais, mesmo que em níveis mínimos, está subordinada e vinculada à realidade orçamentária do país e dependente de regulamentação concreta do legislador, portanto, limitada “a critérios materiais objetivos, que se perfazem em limites fáticos do possível²⁶¹”.

Por esta razão, entende-se que “ao Estado cabe se valer de todos os meios possíveis para adequar sua possibilidade as necessidades essenciais dos cidadãos, considerando a razoabilidade da pretensão individual ou social e a disponibilidade financeira de efetivar a prestação. Uma vez desatendido um destes aspectos, o Poder Público pode invocar o princípio da ‘reserva do possível’, para se eximir do seu dever constitucional²⁶²”.

Nessa linha, como o Estado deve equacionar a necessidade dos cidadãos, os interesses sociais e a disponibilidade dos recursos públicos, uma vez demonstrada a insuficiência desses, o Estado poderá se eximir do dever constitucional de garantir até mesmo os direitos fundamentais mínimos para uma existência digna, ou seja, não poderá o Judiciário determinar a sua concretização quando o Poder Público demonstrar objetivamente que não tem condições econômicas e financeiras de arcar com os custos.

Outrossim, a partir da análise da reserva do possível e da teoria do direito subjetivo, é possível identificar uma argumentação mais radical: a impossibilidade de se pleitear judicialmente a realização individual de um direito social genérico e potencial, como é o caso do direito à saúde. Não se pleiteia a realização individual de tal direito, já que este foi concretizado por uma série de políticas e ações administrativas tomadas pelo Poder Público²⁶³ que, “por sua própria natureza,

²⁶⁰ Ibidem, p. 161.

²⁶¹ Ibidem, p. 163.

²⁶² Idem.

²⁶³ SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos; ROSA JÚNIOR, Faustino da. Os direitos da pessoa humana na CRFB de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados individualmente via procedimento judicial? In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 82

dependem da alocação política dos escassos recursos estatais, não sendo da competência do Judiciário definir como devem ser os gastos orçamentários, mas somente verificar se estes atendem às exigências legais²⁶⁴”. Além disso, o Judiciário não tem legitimidade para tomar decisões políticas, devendo apenas executar o direito constante na legislação. Mais do que isso, torna-se inviável efetivar judicialmente um direito social, pois não há como pleitear a realização de tais direitos individualmente, já que são direitos devidos à coletividade²⁶⁵.

Nessa perspectiva, a concretização desses direitos que concedem prestações positivas não poderiam ficar a cargo do juiz, pois tratar-se-ia de competência legislativa. Logo, quando o Poder Judiciário exerce este papel atribuindo tratamento individual ao direito social, “subverte a noção de *bem comum* perseguida pela comunidade política brasileira, submetendo-a ao atendimento de uma perspectiva inconstitucional de *bem do indivíduo*²⁶⁶”.

Todavia, segundo Luciano Benetti Timm, é justamente com base na análise econômica do Direito que melhor se pode trabalhar com essa pretensão individual aos direitos sociais, pois num quadro de escassez de recursos e escolhas trágicas, ela permite uma racionalização no uso dos recursos públicos na satisfação dos deveres jurídicos prestacionais em favor da coletividade. Aponta-se então “para o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático (e não como regra)²⁶⁷”.

Para não colocar em risco a própria democracia, é preciso um novo olhar sobre a questão da efetivação dos direitos sociais, destacando-se a necessidade de análise de

²⁶⁴ Ibidem, p. 87

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Ibidem, p. 88

²⁶⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.66

questões de macrojustiça ao se examinarem demandas sociais, ou seja, é fora de dúvidas que as decisões concessivas de prestações positivas, além de onerarem o Estado, geram consequências para além das demandas individuais²⁶⁸.

Assim, para que a efetivação dos direitos sociais não seja reduzida a discurso retórico inconsequente, não sendo adequado analisar o caso concreto isolando, mas um contexto maior que compreenda o exame amplo das repercussões das decisões, pois a concessão da garantia de um direito social para um implica na negação de outros direitos sociais igualmente relevantes para outros que não fazem parte daquele processo²⁶⁹.

Afasta-se, destarte, a possibilidade de demanda individual por direitos sociais, pois é qualidade própria desses direitos serem devidos à coletividade, e não ao indivíduo isoladamente considerado. Como são devidos a todas as pessoas que se encontrem em uma mesma situação fática, pode ser exigida sua implementação pela via judicial, mas apenas em sede de tutela coletiva.

Assim, ao se constatar que os direitos econômicos e sociais estão sob a reserva do possível ou dependem da soberania orçamentária do legislador, isto é, das leis orçamentárias que instituem as políticas públicas a serem executadas pelo administrador, constata-se que “a pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos²⁷⁰”.

Por outro lado, destacam-se também os argumentos relacionados com os riscos decorrentes da judicialização do direito à saúde para a separação dos poderes e para o Estado de Direito e o problema de se reconhecer o Poder Judiciário como um poder político, pois a Constituição de 88 adotou o pensamento jurídico-político do liberalismo, o qual pressupõe a separação dos poderes, consagra os direitos de defesa e

²⁶⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 127

²⁶⁹ Ibidem, p. 129 - 132.

²⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos..., Op. cit., 81.

submete o governo às leis²⁷¹. Desta maneira, não podem os poderes Executivo e Judiciário inovar no ordenamento jurídico, sendo esta função exclusiva do Legislativo²⁷².

Por este motivo, defende-se a corrente procedimentalista da interpretação constitucional como decorrência do princípio democrático, argumentando que “a atividade jurisdicional deve se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição ou, pelo menos, nela claramente implícitos, sendo limitada, pois no seu labor interpretativo, pela textura semântica e pela vontade do legislador²⁷³”.

Nessa visão procedimentalista há, também, uma valorização da distinção entre a legitimidade atribuída ao legislativo e aquela atribuída ao judiciário, pois aquele poder possui legitimidade conferida pelo povo, através do sufrágio, razão pela qual não se pode falar em supremacia do judiciário, que representaria uma afronta ao princípio democrático e à vontade popular²⁷⁴.

Jürgen Habermas destaca o papel do procedimentalismo na proteção das condições do procedimento democrático²⁷⁵, uma vez que “a decisão está ligada ao

²⁷¹ BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p.28

²⁷² Ibidem, p. 30.

²⁷³ Ibidem, p. 31.

²⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 01

²⁷⁵ Adota-se aqui, na mesma linha de autores como Lênio Luiz Streck, a visão de Habermas como procedimentalista. (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição...**, Op. cit., p. 154-155). Embora não se desconheça que existem autores que relativizam essa posição, como Álvaro Ricardo de Souza Cruz (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.), Marcelo Campos Galuppo (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.), Ilton Norberto Robl Filho (ROBL FILHO, Ilton Norberto. Contribuição à Discussão Acerca do Substancialismo e do Procedimentalismo no Brasil ou Democracia e Estado Democrático de Direito no Século XXI: Apresentação do Modelo Paradigmático de Jünger Habermas e Ponderações Críticas de Michel Rosenfeld. **Anais do XVIII do Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: < http://www.conpedi.org/anais/36/06_1288.pdf> Acesso em: 27.04.2010), Marcelo Cattoni de Oliveira (OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001).

Assim, segundo tal linha de entendimento, a proposta procedimental de Habermas não é pura, pois parte “(...)do pressuposto substancial e ético de que o pluralismo deve ser implementado

direito e à lei, e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente. E esta depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação, o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito²⁷⁶.”

A questão do exercício da jurisdição constitucional está concatenada, nesse ínterim, com a necessidade de se preservar a separação de poderes, no sentido de se observar a legitimidade e competência de cada órgão e instituição para o exercício de suas funções, sendo objeto de uma de suas maiores críticas a questão de a jurisdição constitucional estar relacionada com a distribuição de competências entre o legislador democrático e a justiça.

Esse problema da separação dos poderes pode ser analisado em três perspectivas²⁷⁷: a da transformação do Estado de Direito liberal em um Estado intervencionista e do bem-estar social, no específico da função da justiça²⁷⁸, a de

universalmente como método de validação das normas de ação em geral e das jurídicas em especial”. Portanto, não é que Habermas seja taxativamente contrário à concretização dos direitos fundamentais pelo judiciário, mas defende que “(...) em uma sociedade democrática e pluralista a esfera pública deve ter um peso substancial tanto nas decisões do poder judiciário como do poder legislativo”. (ROBL FILHO, Ilton Norberto. Op. cit.).

Deste modo, resta claro que, não pode a concretização de direitos ser atribuição por excelência do poder judiciário, pois numa sociedade plural e democrática esses direitos são exercidos pelos seus cidadãos, que apesar de poderem contar com a garantia judicial, os tem protegidos pelas relações sociais, ou seja, é por meio da esfera pública que os cidadãos influenciam na criação de leis e políticas públicas, com reflexos diretos, no processo de concretização dos direitos fundamentais. (Idem).

²⁷⁶ HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

²⁷⁷ Ibidem, p. 298-299.

²⁷⁸ No que tange ao primeiro aspecto, ressalta o autor que a concretização de direito constitucional pela via do controle judicial, em última análise, tem o condão de trazer clareza ao direito e dota o ordenamento jurídico de coerência, de modo que “a interpretação correta deve ser encontrada, isto é, elaborada numa argumentação racional”. Aqui não há que falar em “encontro criativo” pelo intérprete, tampouco em ampla competência do judiciário, pois isso ameaçaria a estrutura da divisão dos poderes, já que, no modelo liberal, haveria uma íntima ligação da justiça e da administração à lei, como garantia contra poderes absolutistas. A inserção de valores morais na tônica constitucional, ocorrida a partir do Estado Social, exige uma interpretação construtivista, o que implica em um “crescimento de poder para a justiça e uma ampliação do espaço da decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura das normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos”. Assim, fica claro que os direitos não podem mais ser vistos pela exclusiva ótica do Estado Liberal, de proteção negativa e garantia das liberdades individuais, pois com a inserção de valores

equiparação da orientação por princípios com a comparação entre bens²⁷⁹ e a do papel do tribunal constitucional norte-americano em proteger o procedimento democrático da legislação²⁸⁰.

Sendo assim, conclui o jurista que a Constituição não pode ser mais entendida como uma ordem que regula a relação entre o Estado e os cidadãos, como ocorria no Estado Liberal, mas também ela não pode ser vista como uma ordem jurídica global que impõe uma forma de vida à sociedade. Agora, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, “a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa mais corretas por serem equitativas)²⁸¹”.

Nessa compreensão democrática, a função da jurisdição constitucional é justamente proteger os direitos relacionados com a autonomia privada e pública dos cidadãos, de modo que a compreensão clássica da separação dos poderes não corresponde mais a essa exigência. Por essa razão é que a jurisdição constitucional, na visão de Habermas, deve “examinar os conteúdos de normas controvertidas

morais e a conseqüente proteção dos direitos fundamentais, o Estado passa a ser devedor de garantias positivas. Tal mudança se reflete na jurisdição constitucional, com a transposição de conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico de normas de princípios, formadoras de estruturas e esses conceitos-chaves surgidos das decisões são princípios procedimentais. (Ibidem, p.303-308)

²⁷⁹ Quanto ao segundo aspecto, Habermas ressalta a necessidade de uma compreensão correta do construtivismo, segundo a qual os direitos não podem ser assimilados como valores. As normas, sendo válidas, obrigam todos os seus destinatários em igual medida, ao passo que os valores são preferências compartilhadas entre os sujeitos, são preferências desejadas por uma coletividade. As normas podem ser válidas ou inválidas, já os valores determinam relações de preferências, de modo que um bem pode ser mais ou menos atrativo. Assim, não podem ser aplicados do mesmo modo, à luz das normas pode-se determinar o que deve ser feito e à luz dos valores, o que é recomendável. Logo, não se admite que o Tribunal Constitucional realize valores constitucionais, pois assim agindo se transformaria numa instância autoritária, já que os valores não têm uma forte carga de justificação. (Ibidem, p. 316-317)

²⁸⁰ Ainda na opinião de Habermas, “na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua própria decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”. (Ibidem, p. 322)

²⁸¹ Ibidem, p. 326.

especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição²⁸²”.

Conclui o jurista que “uma compreensão procedimentalista consequente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apoiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais²⁸³”, e assim é possível entender que a razão é que viabiliza a política deliberativa.

O legislador, ao estabelecer suas políticas, interpreta e estrutura os direitos, ao passo que o judiciário só pode trabalhar com as razões que lhes são dadas na lei, para chegar a decisões coerentes com o caso concreto. Nesse sentido, o procedimentalismo protege as condições do procedimento democrático, pois permite analisar os diferentes tipos de conflito e os cidadãos passam a participar dos discursos políticos, buscando seus interesses e contribuindo para a consecução da igualdade²⁸⁴.

Infere-se que no cerne do procedimentalismo está a combinação entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada, as quais fazem parte da gênese do direito. Assim, o substrato dos direitos está nos “fluxos comunicacionais” e nas “influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos²⁸⁵”.

Nessa perspectiva, a esfera pública é tida como um estágio anterior ao legislativo e inclui o centro político, influenciando os argumentos normativos. Através das eleições e de outros meios de participação, a opinião pública se transforma em

²⁸² Idem.

²⁸³ Ibidem, p. 354

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.183

²⁸⁵ Ibidem, p. 186

poder comunicativo, no sentido de conferir autorização ao legislador e de legitimação da administração reguladora²⁸⁶. Logo, a sociedade civil e a esfera política pública são referências para o processo democrático e de suma importância para a realização do sistema de direitos fundamentais, o que demonstra que o escopo do procedimentalismo é a preservação da solidariedade social.

Assim, a judicialização das questões envolvendo a implementação dos direitos sociais apenas pode ser decidida nos limites estabelecidos pelas normas jurídicas para se afastar do voluntarismo, não podendo o Poder Judiciário inovar ou sequer substituir uma decisão política legislativa ou administrativa, que representa a vontade democrática da maioria²⁸⁷.

Defender a necessidade de adoção da Constituição brasileira como uma constituição dirigente é a saída apontada por Lênio Luiz Streck para se evitar os decisionismos e as arbitrariedades interpretativas, uma vez que o Poder Judiciário não pode substituir os demais poderes e realizar as políticas públicas, e além de não se poder defender uma judicialização da política. É que dentro do fenômeno do neoconstitucionalismo se verifica um novo paradigma de nossa Constituição, a sua supremacia e força vinculante, que condicionam o legislativo e o judiciário, as ações dos agentes públicos e as relações sociais, superando-se uma visão meramente positivista do direito. Nessa perspectiva, temos “de um lado, as promessas da modernidade (não cumpridas) previstas na Constituição que esperam efetivação a partir dos mecanismos da democracia representativa; de outro, em face da não

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ É nesse sentido que advoga Ricardo Lobo Torres, pois a judicialização das políticas públicas em matéria de direitos sociais levanta a questão da ofensa ao princípio da separação dos poderes, devendo-se manter a tradição orçamentária de excluir da apreciação judicial as escolhas políticas feitas pelo Executivo e Legislativo nessa matéria, já que os direitos sociais estão sujeitos à reserva de políticas públicas e às verbas orçamentárias. (TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial como Conteúdo...* Op. cit., p. 328.).

Ernest-Wolfgang Böckenförde também aponta que os direitos sociais exigem a adoção de medidas legislativas e administrativas para concretizar o acesso a bens materiais, logo não são realizáveis imediatamente ao nível constitucional, pois os meios de realizações podem ser muitos e além disso os meios financeiros devem observar as prioridades e as políticas orçamentárias. Assim, primeiro compete ao legislador legitimado democraticamente e, depois ao administrador, fixar os meios para a consecução do enunciado constitucional. (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Op. cit., p. 76 e ss.)

efetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando aos Tribunais e a discussão acerca dos limites de sua atuação²⁸⁸”.

Assim, imperioso haver um controle rígido dos atos da jurisdição, que, mais do que um controle político, deve ser um controle hermenêutico, pois “o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória e dirigente – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou descricionariedades interpretativas²⁸⁹”.

Reafirma-se a carência de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais, pois existem situações em que não se tem como precisar, em nível constitucional, o conteúdo e o alcance da prestação que constitui o seu objeto, além de situações em que a própria norma constitucional atribui ao legislador ordinário a função de concretizar o direito fundamental ou estabelecer as políticas públicas²⁹⁰.

Nas lições de Nagibe de Melo Jorge encontra-se a necessária releitura da separação dos poderes e a superação do argumento da falta de legitimação democrática para a atuação do Poder Judiciário. Afasta, por primeiro, a ideia de sobreposição entre as esferas política e jurídica da atuação estatal, no sentido de que “o sistema jurídico não pode substituir-se ao sistema político na escolha das políticas públicas, nem pode impor ao poder político, em caso de violação aos direitos e garantias fundamentais, uma atuação política que importe na imediata escolha e efetivação de políticas públicas que possam remediar ou estancar a ofensa aos direitos fundamentais de segunda e terceiras dimensões²⁹¹”, e por outro lado destaca que o Judiciário, no

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 179

²⁸⁹ Ibidem, p. 194.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op.cit., p. 328.

²⁹¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 71

controle das políticas públicas, funciona como um instrumento de participação popular, e por essa razão implementa e efetiva o princípio democrático²⁹².

Não obstante, em virtude da força normativa da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos sociais está condicionada à adoção e implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo ou do Legislativo, o que acarreta conflitos entre os seus planejamentos e conformações e a sua implementação pelo Poder Judiciário, conflitos que podem ser solucionados pela discricionariedade de meios²⁹³. O Judiciário jamais poderá determinar qual a melhor ou mais adequada maneira de atingir um grau ótimo de concretização dos direitos sociais, ou decidir com base em escolhas já efetuadas pelo Executivo ou Legislativo, tampouco poderá escolher, planejar políticas públicas por eles, apenas poderá determinar que o poder público, em razoável espaço de tempo, crie determinada política pública e a implemente²⁹⁴.

Nessa perspectiva, os poderes públicos gozam de extrema liberdade de conformação das políticas públicas que visam concretizar da melhor maneira os direitos sociais, de maneira que o Judiciário não poderá se manifestar acerca da correção dessas escolhas, podendo apenas se valer de argumentos jurídicos para analisar se as políticas públicas adotadas efetivam os direitos com uma máxima eficiência ou não e, a partir daí, estabelecer metas a razoável prazo para os demais poderes. Verifica-se aí a uma importante diferenciação entre criar políticas públicas e realizar o controle de sua execução.

Eduardo Appio destaca essa necessidade de se distinguir entre a criação/formulação das políticas públicas e a sua execução, de maneira que “a formulação de políticas públicas, muito embora transite pelo Poder Judiciário através de processos de ampliação do debate constitucional (...) não pode partir do próprio judiciário ou mesmo de instituições estatais que estabeleçam uma mediação entre a

²⁹² Ibidem, p. 80.

²⁹³ Ibidem, p. 97.

²⁹⁴ Ibidem, p. 100.

sociedade e o poder político²⁹⁵”. Evidenciando-se sua aversão à possibilidade de o Judiciário criar políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que os argumentos jurídicos não podem ser aceitos para justificar opções políticas, e se o pudessem, estariam rompidos os ideais democráticos.

Assim, também não se admite a tutela individual dos direitos sociais, por serem eles direitos coletivos, pois, caso contrário, estar-se-ia rumando para um estado utilitarista, o que não se coaduna com a visão de Estado como um espaço público onde todos os cidadãos devem receber o mesmo tratamento já por essa sua condição²⁹⁶. Por esta razão o Judiciário, ao atuar no controle/execução das políticas públicas (e não na sua criação), assume uma função política de controle dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, tanto no âmbito normativo quanto no administrativo, ampliando-se o debate democrático sobre as decisões que afetam os cidadãos. Assim agindo, por meio das ações coletivas ou pelo controle de constitucionalidade das leis já editadas, o Judiciário retira a discricionariedade plena dos demais poderes²⁹⁷.

Cumprir observar que defender essa possibilidade é totalmente diferente de aceitar a governabilidade do Judiciário, pois - repisa-se - o Judiciário não detém a atribuição de eleger entre as políticas públicas a que achar mais adequada, ou seja, não possui legitimidade política, apenas pode controlar a execução das políticas públicas preconizadas pela Constituição Federal ou estabelecidas em lei²⁹⁸. Nesta perspectiva, o Judiciário jamais poderá formular as políticas públicas, apenas poderá controlar a execução de tais planos dos demais poderes, nos limites das políticas públicas estabelecidas na própria Constituição ou na legislação, restringindo-se ao conteúdo e ao momento da implementação. Não poderá decidir livremente sobre quais políticas públicas devam ser concretizadas pelo governo, pois isso seria uma afronta à

²⁹⁵ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 56

²⁹⁶ Ibidem, p. 57.

²⁹⁷ Ibidem, p. 66.

²⁹⁸ Ibidem, p. 70.

democracia, pelo fato de o Judiciário não possuir legitimidade política, como os demais poderes, para fazer tais escolhas.

Ademais, é pela possibilidade de o Judiciário cumprir a função constitucional de revisar os atos administrativos que se admite seu controle sobre a execução das políticas públicas, já que essa execução ocorre por meio da implementação de programas sociais e econômicos, implicando em ônus para os particulares ou benefícios apenas para uma parcela dos cidadãos, em vista da escassez dos recursos públicos. Assim, para fazer o controle da execução, ou seja, o controle dos atos administrativos praticados, o Judiciário terá de decidir por limitar as obrigações criadas ou estender os benefícios a todos os cidadãos necessitados, podendo-se inclusive admitir a tutela individual dos direitos ante a ação ou omissão do Estado, pois aqui o juiz não estará formulando políticas públicas, apenas estará controlando a discricionariedade do ato administrativo²⁹⁹. Destaca-se, porém, que a regra é que os direitos fundamentais só poderão ser exercidos pela via coletiva, pelo fato de o programa governamental dever atender todos os cidadãos de forma universal e gratuita.

Ainda, a questão do controle judicial da forma pela qual os governos irão distribuir os bens sociais fundamentais remete à discussão sobre a democracia, pois, aceitando-se a sua formulação pelos juízes - que não são eleitos, portanto não possuem representatividade e legitimidade - estar-se-ia limitando a vontade dos representantes eleitos da população. No Brasil, porém, a democracia depende tanto dos instrumentos da democracia procedimental quanto de uma democracia substancial, conjugando-se legitimidade e efetividade das políticas públicas³⁰⁰.

Enfim, como argumento contrário à substituição do legislador e do administrador público pelo juiz, no que tange à formulação das políticas públicas, aponta-se a ausência de legitimidade política, pois o Legislativo e o Executivo são poderes eleitos mediante sufrágio universal, para escolher as políticas sociais e

²⁹⁹ Ibidem, p. 110.

³⁰⁰ Ibidem, p. 136

econômicas a serem implementadas em favor da sociedade, ao passo que o Judiciário não possui condições técnicas para averiguar as reais prioridades sociais. Além disso, a atividade-fim do Judiciário é a revisão dos atos administrativos praticados pelos demais poderes, e não sua substituição, logo a discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda, caso houvesse essa substituição, ela acarretaria um desgaste do Judiciário, enquanto poder político, pois teria de suportar todas as críticas decorrentes de suas escolhas eventualmente indevidas, as quais estariam fora do controle de quaisquer outros poderes. Finalmente, a governabilidade judicial autorizaria um maior controle político do Judiciário, tornando-se possível a interferência direta nas funções judiciais³⁰¹.

Quanto à possibilidade de controle na execução das políticas públicas pelo Judiciário como forma de controle dos atos administrativos, é assente a sua viabilidade; mas como essa revisão às vezes atinge o princípio democrático, deve ser aceita com uma limitação, sendo necessário estar baseada nos seguintes pressupostos: “1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia³⁰²”.

Transportando-se essa questão da implementação, pelo Estado, das políticas públicas para o caso específico do direito à saúde, o que se observa é um aparente conflito entre o direito à vida de um cidadão que busca a prestação estatal pra sobreviver e o direito à vida dos demais cidadãos, que também dependem do orçamento público, de modo que as decisões sobre as prioridades deverão ser essencialmente políticas e morais, e não judiciais, pois não se trata, no caso, de direitos individuais, mas de direitos que devem ser protegidos na esfera coletiva e por meio da atividade do administrador³⁰³.

³⁰¹ Ibidem, p. 151-152.

³⁰² Ibidem, p. 168.

³⁰³ Ibidem, p. 184.

É por essa razão que o autor afasta mais uma vez a possibilidade da tutela individual do direito social à saúde até mesmo nos casos mais graves e emergenciais, ou seja, não considera viável a implementação judicial de políticas públicas que visem concretizar a disposição constitucional sobre a saúde com base no direito à vida e no seu reconhecimento como direito público subjetivo, pois se trata, na realidade, um dever genérico do Estado para com os cidadãos, sempre condicionado ao orçamento.

Em vista do que foi exposto quanto ao direito à saúde, sua fundamentação no direito à vida e a implementação de políticas visando à sua concretização, conclui-se que a proteção do direito à vida não pode ser compreendida como um dever do Estado de prover todas as necessidades básicas da universalidade dos cidadãos, pois as ações do governo dependem de decisões políticas dos governos eleitos a partir dos recursos existentes. Estes terão de optar pelos mecanismos que melhor atendam às necessidades da população, buscando ampliar, de forma gradativa, o direito que se pretende universal. Qualquer medida judicial que venha a impor uma obrigação específica, vinculada ao caso concreto, implicará a redestinação de verbas alocadas de acordo com os critérios do administrador. A vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque os custos dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado no Congresso³⁰⁴.

Por fim, como identificado por Ingo Wolfgang Sarlet há os que sustentam que a garantia dos direitos sociais pela via judicial provocaria uma desintegração da ordem constitucional, pois dizer que, *a priori*, qualquer interesse individual pode estar contido na norma constitucional geraria expectativa facilmente frustrável, utópica, além do que, poderia ocorrer que tais direitos não cumprissem a sua função de assegurar as condições materiais para a fruição dos direitos de liberdade³⁰⁵.

2.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EFETIVIDADE JUDICIAL

³⁰⁴ Ibidem, p. 187

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 329.

Um dos argumentos de maior peso trazidos pela doutrina identifica a conexão entre a proteção da dignidade da pessoa humana como valor informador de toda a ordem jurídica - que exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção de todas as dimensões dos direitos fundamentais³⁰⁶, dotando de personalidade jurídica todos os seres humanos - e a garantia do direito à vida, pois os direitos sociais prestacionais estão a serviço da igualdade e liberdade material, razão pela qual visam à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, fundamentando a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial, que corresponde à garantia de uma vida saudável³⁰⁷.

É que o argumento da reserva de competência do Legislativo, assim como o da separação dos poderes, estaria limitado pelo valor da vida e da dignidade humana. Além disso, quando, na análise dos casos concretos, constata-se a colisão de bens constitucionais (direitos esses subjetivos e *prima facie*) e prevalece o direito social prestacional, por estar contido na noção de garantia do mínimo existencial, reconhece-se um direito definitivo a prestações³⁰⁸.

Nesses moldes, o princípio democrático e o da separação dos poderes, que atribuem aos poderes Legislativo e Executivo legitimidade para a conformação e execução dos direitos sociais, são considerados princípios constitucionais que podem restringir os direitos fundamentais sociais *prima facie*, mas não podem ser utilizados como obstáculos para a concretização de tais direitos em caso de omissão ou ação insuficiente dos poderes públicos. Logo, só há que se falar em restrição dos direitos fundamentais sociais após aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, no caso concreto, e após a conclusão de que o princípio democrático e da separação dos poderes, ou ainda os direitos fundamentais sociais de terceiros, são mais importantes do que os próprios direitos sociais³⁰⁹.

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...** Op. cit., p. 88.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 97.

³⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 372.

³⁰⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria...** Op. cit., p. 95

Afirmar, então, que os direitos sociais são direitos *prima facie* e que dependem da aplicação da regra da proporcionalidade, no caso concreto, significa afirmar que não se podem utilizar arbitrariamente os argumentos da separação dos poderes e do princípio democrático para se afastar a possibilidade de judicialização das questões envolvendo a efetivação de tais direitos, não sendo admissível sequer socorrer-se da cláusula da reserva do possível para restringir a efetivação dos direitos sociais, pois em sua origem essa cláusula nada mais representa do que a exigência de ponderação dos direitos sociais com os demais direitos fundamentais. Assim, “aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade significa, então, que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenha peso suficiente alto para restringir o seu direito fundamental³¹⁰”.

Torna-se assim evidente que a cláusula da reserva do possível não pode representar uma ineficácia ou afastar a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, apenas destaca a necessidade de ponderação dos princípios constitucionais. Por consequência, isso significa que, apesar de haver uma competência do legislador para estabelecer as leis orçamentárias, esta não é absoluta, devendo haver uma harmonização com os demais princípios constitucionais, até porque muitas das vezes não há apenas um meio adequado e necessário para a concretização dos direitos sociais. Além disso, a escassez de recursos para o custeio das prestações sociais traz à tona a ideia de igualdade, de modo que se deve levar em conta, no caso concreto, mais do que a necessidade e adequação das medidas, o tratamento igualitário dos cidadãos, observando-se as peculiaridades de cada pessoa e situação, embora em nenhuma hipótese possa o Estado se eximir de efetivar os direitos sociais que compõem o mínimo existencial³¹¹.

Assim, ao menos aquilo que diz respeito ao conjunto de direitos prestacionais mínimos, ou seja, os direitos fundamentais básicos para se ter uma vida digna e os

³¹⁰ Ibidem, p. 99.

³¹¹ Ibidem, p. 100 e ss.

direitos sociais negativos (ligados à ideia de proteção da autonomia individual), são plenamente judicializáveis, pois nesses casos “a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto³¹²”. Fala-se aqui da proibição da insuficiência.

Nesta perspectiva, considerando-se a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial, decorrente da exigência constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana, e levando-se em conta que este direito é um direito subjetivo *prima facie*, que só pode ter o alcance do seu conteúdo definido mediante a análise do caso concreto, conclui-se que é também papel do Poder Judiciário realizar e implementar tal direito, pois, ao fim, o que se quer proteger é a vida e a liberdade social do indivíduo.

Ao passo que se constata uma ampla liberdade nas escolhas políticas para a destinação dos recursos públicos visando à proteção das instâncias majoritárias, que ampliam o âmbito de proteção dos direitos aos cidadãos, também extrai-se da Constituição uma série de direitos fundamentais que são de cumprimento obrigatório para os poderes públicos, de maneira que, em regra, caberá aos representantes do povo equilibrar essa balança para efetivar ao menos um mínimo desses direitos. Caso, porém, esses direitos não sejam observados, a atuação do Judiciário para protegê-los não será ilegítima, mesmo que produza reflexos na alocação dos recursos públicos³¹³.

Não se trata de excluir a necessidade de concretização legislativa dos direitos sociais prestacionais, mas tão somente de reconhecer que todas as normas de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e são diretamente aplicáveis já a nível Constitucional, independentemente de intermediação legislativa³¹⁴, dando-se destaque ao papel do judiciário na implementação de tais direitos, quando relacionados

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade...** Op. cit., p. 98.

³¹³ MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 231-232

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 313.

diretamente com a proteção do direito fundamental ao mínimo existencial, que é lastreado na dignidade humana, mas cujo conteúdo não pode ser limitado e definido *a priori*, apenas no caso concreto.

Ocorre que existem diversas maneiras de se realizar a prestação social, incumbindo, evidentemente, num primeiro momento, ao legislador, a função de dispor sobre a forma de prestação, o seu montante, as suas condições, ficando a cargo do Judiciário e dos Tribunais a decisão sobre o que corresponde ao padrão mínimo existencial quando houver omissão ou desvio de finalidade por parte do Legislativo. Isto se deve a que a liberdade de conformação do legislador está limitada pela garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna³¹⁵.

É justamente no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais veemente essa vinculação das prestações materiais com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois

a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde encontra-se umbilicalmente atrelado a proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível³¹⁶.

Numa perspectiva sistêmica do direito à saúde, Germano Schwartz sugere que é dever do Estado e garantia constitucional a proteção, defesa e promoção da saúde de todos os cidadãos, o que deve ser feito, em primeiro plano, por meio de políticas públicas criadas pelo Executivo e Legislativo, pois são eles, afinal, os responsáveis pela liberação dos recursos destinados à área sanitária. Como, porém, a saúde é complexa, caso se deixe a questão tão somente para a vontade política, pode ser que a saúde não seja priorizada, ocorrendo desvios das verbas para outros setores, ou mesmo insuficiência³¹⁷.

³¹⁵ Ibidem, p. 341.

³¹⁶ Ibidem, p.343.

³¹⁷ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Op. cit., p. 156-158.

Destarte, a efetivação do direito à saúde está intrinsecamente ligada ao respeito democrático pelo ser humano e à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, e ilustra uma sociedade preocupada com a justiça social, pois, apesar da exigência de meios materiais para a sua efetivação, a Constituição, ao atribuir responsabilidade aos entes públicos na área da saúde, é vinculativa e dirigente, não medindo esforços para a consecução do seu objetivo maior, o respeito à dignidade da pessoa humana, em que a saúde ocupa lugar de destaque³¹⁸.

Fica nítido que a saúde ocupa lugar de destaque e não pode ser condicionada a discursos vagos, promessas políticas vazias e ideologias distorcidas, pois a dignidade da pessoa humana é condição sem a qual não há como se desenvolver o regime democrático. Assim, quando houver ausência ou insuficiência de políticas públicas em saúde, o cidadão poderá provocar o Poder Judiciário para corrigir as eventuais desigualdades, de modo que tal atuação será secundária, em um momento posterior, ao da constatação de que a atuação dos demais poderes não garantiu o direito à saúde³¹⁹.

Não há que falar em uma legitimação exclusiva dos poderes públicos para a efetivação do direito sanitário, tampouco em afronta à separação dos poderes, pois a atuação do Executivo e do Legislativo ocorre primeiro, e só no caso de sua inação ou omissão, ou mesmo de insuficiência das medidas adotadas, que inviabilizem tornar efetivo tal direito, recorre-se à via alternativa, o Judiciário, pois também é princípio constitucional não se afastar da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

O Judiciário assume ainda o relevante papel de resguardar o Estado Democrático de Direito, primando pela justiça social, pois não há como conceber uma vida digna sem saúde; portanto, “o dever do Judiciário de garantia da saúde pode também ser visto sob o prisma da implementação de uma verdadeira cidadania, em que

³¹⁸ Ibidem, p. 160.

³¹⁹ Ibidem, p. 161-162.

os direitos fundamentais do homem sejam priorizados, quanto mais o respeito à vida e à dignidade humana – que possuem íntima e óbvia conexão com a saúde³²⁰”.

Propugna-se, então, pela superação de uma visão tradicionalista e liberal do direito, buscando-se compreender a razão de ser da Constituição num Estado Democrático de Direito, permitindo que o direito seja instrumento de transformação social, pois a Constituição, como lei maior construída pela ação de uma sociedade, deve ser cumprida de acordo com os seus interesses e princípios. No que se refere às questões sanitárias, o Judiciário deve ter como premissas básicas a dignidade humana, o direito à vida e à saúde como bens maiores dos cidadãos³²¹.

Por esta razão identifica-se, especificamente no caso do direito à saúde, sua condição de direito social e a sua inter-relação com os demais direitos fundamentais (incluindo-se aqui o mínimo existencial), como é o caso da vida, da integridade física e psíquica, educação, meio ambiente saudável, moradia, alimentação, segurança, dentre outros, os quais estão diretamente relacionados com a garantia da dignidade humana e a condição do indivíduo enquanto sujeito de direitos.

Assim, como decorrência da própria Constituição e do fato de o Estado ter como valores essenciais a humanidade e a justiça, reconhece-se a existência de um direito originário a prestações em matéria de saúde, garantindo o direito subjetivo a prestações materiais, de forma universal e em igualdade de condições. Em outras palavras, “a Constituição assegura que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo qualquer prestação que envolva a proteção da

³²⁰ Ibidem, p. 166.

³²¹ Ibidem, p. 168-169. Destaca-se a conclusão a que chega o autor no que tange à visão sistêmica do direito à saúde: “Se é a saúde um sistema e se ela é (a saúde) um meio de vida, e, ainda, se essa vida deve ser protegida de modo individual e coletivo, temos que a satisfação de ambas somente poderá se fazer com a colaboração de todos, através de um processo de conscientização coletiva do valor da vida como objetivo maior de nossa sociedade, momento em que se construirá um *Dasein* à constituição e à vida em si mesma – incluída a saúde, além de dar um certo alívio a expectativas futuras de cunho negativo, o que, dessa forma, levará a uma complexidade social um pouco mais reduzida” (Ibidem, p.175-176).

saúde³²²”. Retoma-se aqui a ideia do direito à saúde como direito subjetivo *prima facie*, que não segue a lógica do “tudo ou nada”, mas está sujeito a seguir a regra da máxima eficácia, pela aplicação da proporcionalidade.

É nessa linha que propõe Mariana Filchtiner Figueiredo a implementação judicial dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, através do princípio da proporcionalidade, pois ele harmoniza o aparente conflito entre um direito fundamental e os demais direitos, valores, princípios ou bens jurídicos, que podem reduzir o âmbito de efetividade dos direitos fundamentais, mas não podem suprimi-lo em seu núcleo essencial³²³. Desta forma, como é o Judiciário o poder legitimado para fazer a aplicação da proporcionalidade, por consequência, é este Poder quem determinará, após o juízo de ponderação, o conteúdo do direito social e o âmbito de extensão do dever prestacional do Estado.

Aponta ainda Celso Antonio Bandeira de Mello outros aspectos favoráveis ao reconhecimento de um direito subjetivo individual, um deles consistente no fato de que a natureza aberta e fluida das normas que versam sobre os direitos sociais não possuem o condão de por si só afastar a aplicabilidade imediata e sua plena eficácia³²⁴, pois é tarefa própria dos tribunais a determinação do alcance dos preceitos normativos, nos casos concretos³²⁵. Além disso, em razão da força suprema da Constituição³²⁶, é possível aplicar imediatamente certos benefícios constantes nas normas constitucionais relacionadas com a justiça social e exigi-los quando negados, independentemente da intermediação legislativa³²⁷. Ademais, admite-se a arguição a direito subjetivo, tanto de forma individual quanto coletiva, por indivíduos conjuntamente afetados, quando houver uma ruptura com a legalidade que gere ao administrado um agravo pessoal ou

³²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 347.

³²³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 121.

³²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Op. cit., p. 28.

³²⁵ *Ibidem*, p. 38.

³²⁶ *Ibidem*, p. 12.

³²⁷ *Ibidem*, p. 14.

quando lhe é subtraída uma vantagem expressa ou implícita na Constituição a que faria jus se não houvesse ruptura da legalidade³²⁸. Assim, todos os direitos relacionados com a realização da justiça social, entre eles os direitos sociais, são autênticos direitos subjetivos, gerando imediatamente direitos aos cidadãos³²⁹ e autorizando o Judiciário a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação, em virtude de sua precípua e exclusiva função jurídica de interpretar as normas³³⁰.

Denota-se, então, uma defesa veemente da possibilidade de judicialização das questões envolvendo os direitos sociais, uma vez que tais direitos estariam relacionados diretamente com a consecução da Justiça Social, teriam aplicabilidade imediata e exigibilidade judicial, independentemente de qualquer regulamentação infraconstitucional, pois a falta de lei não pode obstar o exercício do direito.

Desse modo, em caso de omissão de algum direito fundamental, ou mesmo de lacuna legislativa, pode o Judiciário (dotado de dever-poder de controle das omissões dos poderes públicos) aplicar direta e imediatamente o preceito definidor desse direito, independentemente das providências legislativas ou administrativas. O ordenamento jurídico autoriza que qualquer órgão do Poder Judiciário supra as lacunas, com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais do direito, e até mesmo por meio da interpretação criativa. Conclui-se que o Judiciário tem esse poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras dos direitos sociais aos casos concretos, assegurando a plena fruição das posições subjetivas nelas consagradas, independentemente de qualquer concretização legislativa.³³¹

Outrossim, é em virtude das grandes mudanças e adaptações por que passam a sociedade e a economia ao longo da história que os direitos sociais devem ser dotados de alta adaptabilidade, o que é possível mediante uma formulação normativa mais

³²⁸ Ibidem, p. 43.

³²⁹ Ibidem, p. 56.

³³⁰ Ibidem, p. 52.

³³¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) **Direito constitucional: Leituras Complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 255-256.

ampla e genérica dos direitos sociais, para que sejam capazes de acompanhar a realidade e manter a estabilidade da Constituição³³².

Assim, as normativas constitucionais, para acompanhar a evolução da sociedade e adequar-se às novas realidades, precisam conter enunciados amplos, genéricos, que possam abarcar o maior número de situações hipotéticas possíveis, não limitando de antemão o conteúdo dos direitos sociais, pois trata-se de função judicial adequar as necessidades e as possibilidades.

É essa a lição de João Maurício Adeodato ao explicar a jurisdição constitucional brasileira ante as complexidades envolvendo o texto e a norma, pois, partindo-se do pressuposto de que o texto normativo previamente elaborado pelo Poder Legislativo é apenas ponto de partida para a elaboração da norma jurídica dentro de um caso concreto, e de que a Constituição constitui a base de todo o sistema discursivo dogmático, há um fortalecimento do papel jurídico-político do Judiciário³³³, na medida em que lhe é atribuída a função de dirimir os conflitos decorrentes de divergências sobre o texto constitucional (vago e geral) e de fixar, em último plano, o seu conteúdo específico e o de qualquer outro texto normativo, transformando-os em normas jurídicas³³⁴.

Assim, a falta de efetividade vislumbrada a partir da discrepância entre a realidade do direito pátrio e o texto de suas normas demonstra que o texto e a realidade estão em constante inter-relação, e é esta que constitui a norma jurídica³³⁵. Assim, “o que o legislador faz, mesmo o legislador constituinte originário, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita, nem sequer a moldura dentro

³³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p.329.

³³³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury. (org.) **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76

³³⁴ Ibidem, p. 77.

³³⁵ Ibidem, p. 85.

da qual se situam as interpretações devidas. O texto, expresso por artigos e parágrafos na lei, é somente um ‘dado de entrada’ na efetiva elaboração da norma³³⁶.”

Conclui-se daí que a jurisdição constitucional é tida como um instrumento de construção da própria Constituição, na medida em que permite a adaptação do texto normativo no tempo e no espaço, diante das novas realidades sociais e das sociedades contemporâneas complexas, o que pode ser constatado, em especial, diante dos casos concretos, em que efetivamente se criam as normas jurídicas e se dá concreção aos direitos.

No cerne do problema dessa atividade criativa do Poder Judiciário, ou seja, da produção do direito pelos juízes ou tribunais, está o estudo de Mauro Cappelletti, o qual verifica se a atividade do juiz é de mera interpretação e aplicação do direito ou se ele participa de sua criação, legislando. A partir da ideia de que a linguagem legislativa sempre deixa margem que deve ser preenchida pela via judiciária, o problema é, então, do grau de criatividade, dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelo Judiciário. Isto é, reconhecer que todo ato de interpretação tem certo grau de criatividade não quer dizer que o intérprete tenha total liberdade. O juiz criador do direito não poderá ser arbitrário, por não estar totalmente livre de vínculos, havendo limites processuais e procedimentais a serem observados³³⁷.

A ideia de o juiz ser mero aplicador da lei, própria de uma visão fortemente positivista, não cabe mais na perspectiva moderna de um Estado Social e Democrático. Assim, diante dos direitos sociais,

os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado (...). E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas ‘finalidades e princípios’: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar³³⁸.

³³⁶ Ibidem, p. 85.

³³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1993. p. 21 - 24

³³⁸ Ibidem, p. 42.

Defende-se, assim, que hodiernamente é muito difícil não reconhecer a perspectiva ativista do poder judiciário em face dos direitos sociais, pois tais regras dão margem à criatividade judicial, à interpretação, em face de sua amplitude e em razão de sua vagueza, o que não é negativo, pelo contrário, é uma forma de adaptá-los à realidade social e promover efetivamente a justiça social.

É próprio desse pensamento que, ao interpretar, os juízes são constrangidos a ser criadores do direito, o que não é sinônimo de serem legisladores, pois existem fundamentais diferenças no processo legislativo e no processo jurisdicional³³⁹. Substancialmente, ambos resultam na criação do direito, mas os modos como isso se dá são diferentes. Ao interpretar e criar o direito, o juiz deve estar livre de pressões das partes, observando o contraditório no processo, atuando com imparcialidade, distanciamento e independência³⁴⁰, além de tal processo exigir a provocação por parte dos interessados. Essas condições não se aplicam aos demais poderes políticos, sendo justamente estes limites procedimentais o que os irá diferenciar do Judiciário³⁴¹.

³³⁹ Ibidem, p. 74.

³⁴⁰ Ibidem, p. 74-76.

³⁴¹ Existem, não obstante, outros limites ou objeções que podem ser colocados para estabelecer diferenças entre a atuação do Judiciário e a dos demais poderes políticos, os quais, sem dúvida, são muito relevantes para a questão da atuação do Judiciário como participante da criação do direito. Em primeiro lugar, aponta-se para a dificuldade de acesso do cidadão comum ao processo jurisdicional, em especial daqueles menos privilegiados, o que é contornado pela criação de mecanismos como a assistência gratuita, defensorias públicas e o uso de precedentes, por exemplo, demonstrando-se que o direito oriundo do judiciário é muito mais flexível, concreto e adaptado às circunstâncias sociais do que o legislativo (Ibidem, p. 84).

Em segundo lugar, a criatividade judicial atribuiria efeito retroativo às decisões o que entraria em conflito com a certeza e a previsibilidade do direito, mas há no direito jurisprudencial um potencial maior benefício, que é dar mais relevância à equidade e à justiça do caso concreto (Ibidem, p. 85).

A terceira objeção estaria relacionada com a provável incompletude institucional do judiciário para criar o direito; entretanto, mesmo os poderes públicos podem ter doses de incompetência institucional, de maneira que na vida jurídica há muitos casos em que “o tipo de conhecimentos, instrumentos e recursos, dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para as funções de razoável criatividade judiciária. Por outro lado, a gravidade do problema muitas vezes pode ser atenuada mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias, à intervenção de terceiros no processo e o emprego de expertos como membros ‘laicos’ de órgãos judicantes” (Ibidem, p. 88-89).

A quarta limitação diz respeito à criatividade judicial e ao caráter não majoritário e antidemocrático; todavia tais alegações não procedem, pois tanto as lideranças legislativas quanto

Conclui-se dessa diferenciação entre a atuação do poder judiciário e os demais poderes políticos que o ativismo judicial é inevitável, mesmo em um sistema constitucional como o brasileiro, fortemente ligado à ideia majoritária, base da legislação democrática, pois pressupõe-se que toda lei deve ser interpretada para ser concretizada e aplicada, o que implica em certa criatividade. Assim, o direito criado pelo juiz não supre a instância legislativa, e deve estar voltado a cumprir objetivos sociais, mais do que só individuais, o que, por consequência, não representa uma lesão à vontade majoritária ou ao princípio democrático, pois o Judiciário independente das ideias políticas, ativo, inovador, criador, pode contribuir para a democracia mantendo a harmonia entre os poderes e dando nova feição à separação dos poderes.

Em outra linha de argumentação, conectada ao grande comprometimento dos recursos públicos em decorrência das prestações sociais básicas, destaca-se que, no caso do mínimo existencial, além de esse comprometimento ser baixo, existe a imposição constitucional de se priorizar a sua garantia, inclusive quando envolva eventual redistribuição de recursos ou sua suplementação, bem como eventual repartição da responsabilidade pelo corpo social e entes políticos³⁴².

Como destaca Luiz Gustavo Lovato com base na Constituição Brasileira, o país, como Estado federado, é composto pela União, Estados-membros e municípios, e cada um dos entes constitutivos possui dever de garantia dos direitos sociais, estando descentralizado o direito à saúde, com base na Lei 8080/90³⁴³. Apesar, porém, dessa

executivas, diferentemente do Judiciário, nunca constituíram perfeito paradigma de democracia representativa, além de o judiciário não ser totalmente privado de representatividade. Ainda, diversamente dos legisladores, o judiciário é chamado a motivar, apresentar as razões de suas decisões, visando assegurar aos cidadãos que essas decisões não sejam meros caprichos, arbitrariedades ou predileções subjetivas dos juizes, submetendo-os ao controle pela coletividade, o que acaba por tornar os juizes mais responsáveis pela justiça de suas decisões (Ibidem, p. 94-98).

Por fim, somando-se a todos esses argumentos, constata-se uma maior facilidade de acesso pelos grupos minoritários à via judicial, em vista das dificuldades que estes grupos encontram para obter acesso aos poderes públicos e a identificação de um sentimento de participação (essência da democracia) maior nas decisões judiciais, que é sentida de forma mais efetiva no processo judicial (p. 99-100).

³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p.374.

³⁴³ LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção da saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 120

descentralização da proteção à saúde, pela qual as responsabilidades de sua implementação são distribuídas entre os entes políticos, o que se verifica é um aumento na dificuldade em obter receitas para efetivar essas metas, pois “há uma centralização das receitas pela União e a descentralização das obrigações da Federação para com a saúde (e todos os demais direitos sociais) (...)”³⁴⁴, o que, via de consequência, obrigou os estados e municípios a restringirem cada vez mais a sua atuação na garantia dos direitos fundamentais. Portanto, o problema maior para a efetividade dos direitos sociais não é o da falta de recursos em si, mas dificuldades em distribuí-los entre os entes federativos a fim de financiarem as políticas públicas.

O argumento trazido é no sentido de que, apesar de se ter estruturado e organizado o Sistema de Saúde de forma descentralizada, distribuindo-se solidariamente as responsabilidades, com o intuito de prestar um atendimento integral à população no tocante à prevenção e ao tratamento de doenças, colocando a população mais próxima das decisões políticas, são cada vez maiores as dificuldades de obter receitas para cumprir essas metas, em virtude da concentração da maior parte das decisões nas mãos da União, gerando uma crise de efetividade dos direitos sociais.

Por esse motivo é que o Poder Judiciário deve ser tido como um controlador dos atos dos demais poderes da federação, o Legislativo e o Executivo, atuando para suprimir as deficiências geradas para a população por sua inoperância nos direitos sociais, até porque, pelo princípio da proteção judiciária, consagrado no artigo 5º, XXXV da CF/88, “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁴⁵.

Como assevera Eduardo Mendonça, é preciso que o Judiciário intervenha na questão orçamentária, uma vez que inúmeras decisões majoritárias de alocação de recursos públicos para implementação dos direitos sociais deixam de ser concretizadas corriqueiramente, afetando inclusive as áreas mais deficientes, como saneamento, saúde, segurança pública e educação, em virtude de um sistema orçamentário falho,

³⁴⁴ Ibidem, p. 125.

³⁴⁵ Ibidem, p. 126.

que dá ampla liberdade ao Executivo na liberação das dotações previstas, permite contingenciamentos, admite que as previsões sejam meras autorizações e considera inexigível a motivação³⁴⁶.

Nessa perspectiva, considerando a limitação dos recursos públicos e as inúmeras necessidades sociais básicas que são cotidianamente desatendidas no Brasil, o orçamento público deve visar à distribuição de todo o recurso existente, pois de outro modo a retirada injustificada de parcelas de recursos do processo alocativo implicaria em manifesta inconstitucionalidade³⁴⁷.

Assim, diante de um remodelado sistema orçamentário, em que o Executivo poderia reter os recursos segundo um procedimento formal, tornando a liberação dos recursos a regra, em caso de retenção desmotivada caberia ao Judiciário suprimir a violação à ordem jurídica e à legalidade. Além disso, havendo interesses sociais relevantes, admitir-se-ia o controle judicial pela via da ação civil pública. Para o caso de dotações específicas, o Judiciário poderia impor a sua realização a pedido dos beneficiários preteridos, e no caso de dotações genéricas, poderia aferir o cumprimento da previsão seguindo a razoabilidade³⁴⁸. Enfim, trata-se de um controle da eficiência.

No sentido de uma nova visão sobre a separação dos poderes é o posicionamento de Vivian Rigo, que, partindo da premissa de que os direitos sociais são direitos cuja finalidade é permitir a inserção dos indivíduos na sociedade, por meio da garantia de uma vida com dignidade, conclui que, para a sua concretização, é preciso uma atuação conjunta de todos os órgãos e poderes estatais, na qual o Legislativo participe regulamentando os direitos sociais, o Executivo crie e implemente políticas públicas e preste o serviço público, e o Judiciário, com o mister

³⁴⁶ MENDONÇA, Eduardo. Op. cit., p. 233 – 241.

³⁴⁷ Ibidem, p. 254.

³⁴⁸ Ibidem, p. 272 – 273.

precípua de garantir a efetivação de tais direitos e harmonizar a atuação do Estado, admita a possibilidade de a pessoa socorrer-se das ações judiciais³⁴⁹.

Por sua vez, outros autores como Ana Paula de Barcellos, também defendem a necessidade de superar a visão clássica da separação dos poderes e de um novo entendimento quanto ao princípio democrático majoritário, pois “a separação dos poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo Poder Judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinação de prestações positivas com fundamento constitucional³⁵⁰”. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária para decidir a respeito da vida social, sendo necessário que todos os direitos fundamentais de todos os indivíduos sejam respeitados, pois “os direitos fundamentais são condições pressupostas do regime democrático³⁵¹”.

Destarte, nem a separação dos poderes nem o princípio majoritário bastam, por si sós, para afastar a possibilidade de o Poder Judiciário, em determinadas hipóteses - como a garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana - atuar no sentido de garanti-los e promovê-los, reconhecendo-se ao Judiciário uma legitimidade para extrair uma eficácia dos enunciados normativos, mediante a provocação dos indivíduos interessados³⁵².

Essa nova visão da separação dos poderes pode ser constatada na própria Constituição Brasileira de 1988, na qual o Judiciário encontra-se valorizado e com atribuições ampliadas na modernidade, em razão de o Legislativo não ter a agilidade necessária para editar novas leis e modificar antigas na mesma velocidade com que se alteram as perspectivas sociais. Somado-se a isso, ao longo do tempo, o processo legislativo tornou-se mais complexo e burocratizado. Desse descompasso adveio uma

³⁴⁹ RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p.176.

³⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** Op. cit., p. 248.

³⁵¹ Ibidem, p.251.

³⁵² Ibidem, p. 254.

valorização do Executivo e do Legislador por meio de artifícios, o que não foi positivo diante dos abusos cometidos contra os direitos e a Constituição, sendo então outorgado ao Judiciário o papel de guardião da Constituição e protetor dos direitos, o que ampliou suas atribuições e responsabilidades à medida que fracassava o desempenho dos demais poderes. Foi por esse caminho que se chegou a um Judiciário forte e ativo, com papel político, admitindo-se que seja ele o complementador das normas constitucionais³⁵³.

Cumpra, não obstante, observar que o Judiciário não possui competência para fixar as políticas públicas amplamente, nem pode o magistrado impor sua convicção política, devendo existir uma “coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação dos poderes e do princípio majoritário”, para que a eficácia jurídica dos direitos sociais esteja restrita ao núcleo essencial da dignidade, ou seja, ao mínimo existencial, reconhecendo-se a legitimidade do Judiciário para garantir a sua proteção e satisfação³⁵⁴.

Ademais, em que pese à existência de uma hipotética tensão entre a atuação da jurisdição constitucional e o princípio democrático, envolvendo questões como a falta ou não de legitimidade democrática para a tomada de posições políticas pelo Judiciário num cenário de escassez de recursos, o risco para a separação dos poderes, para a representação e para o princípio democrático, não torna incompatíveis a garantia dos direitos fundamentais e a democracia, pois, “apesar dos direitos fundamentais limitarem os procedimentos democráticos, essa limitação se justifica na proteção das minorias e na realização de uma democracia substantiva, razão por que também se justificará a legitimidade da jurisdição constitucional na proteção e realização dos direitos fundamentais³⁵⁵”. Em outros termos, embora os direitos fundamentais limitem

³⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2002. p.164-165. Sobre essa perspectiva histórica quanto a formação dos poderes, o agigantamento do Estado em virtude da burocratização e a afirmação do Judiciário como um terceiro poder necessário ao contrapeso dos poderes políticos também encontramos a obra de Mauro Cappelletti. (CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 40-55)

³⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** Op. cit., p. 257.

³⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia**. In: CLÈVE, Clemerson Mérlin; SARLET, Ingo Wolfgang;

as ações e as leis decorrentes do poder soberano, isso não significa que o Judiciário estará interferindo indistintamente nas esferas legislativas e administrativas. Isso demonstra que tais direitos possuem “tanto uma dimensão democrática quanto antidemocrática³⁵⁶”, pois estão sujeitos à concretização democrática e à comunidade política, que deliberam sobre o modo de concretização infraconstitucional desses direitos, e além disso podem ser tidos como pressupostos para uma democracia que assegure a todas as pessoas participação no processo político e, por fim, garantem a existência e o desenvolvimento das pessoas; e são antidemocráticos porque garantem posições jurídicas subjetivas que vinculam os órgãos dos Estados.

Flávio Pansieri destaca, nessa nova visão sobre a separação dos poderes, que o Judiciário não se sobrepõe ao Legislativo e Executivo, mas atua como garantidor de um mínimo para a realização do Estado Social, cumprindo o papel de proteger e concretizar o contido no texto constitucional, em uma sociedade madura e consciente de seus direitos, com operadores da coisa pública que sabem estabelecer um plano de desenvolvimento da sociedade. Porquanto, baseado na teoria pragmática, afirma que os direitos sociais são efetivados nos limites da concretização constitucional brasileira, passando por três estágios: o da conscientização dos cidadãos, que devem se ver como partícipes da sociedade; o da estruturação, com o planejamento econômico para atender à realidade social; e o do critério material, com o amadurecimento do político e do social³⁵⁷.

Deste modo, para efetivar ao máximo os direitos garantidos no texto constitucional, o Executivo terá que observar a estruturação do Estado e, ao mesmo tempo, passar por um amadurecimento político, para então se concluir que as políticas públicas são efetivas. Quem fiscalizará a efetivação dessas políticas serão o

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords.) **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 278

³⁵⁶ Ibidem, p. 281.

³⁵⁷ PANSIERI, Flávio. Direitos Sociais, Efetividade e Garantia nos 15 Anos de Constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 401

Legislativo e a sociedade, os quais poderão exigir judicialmente a concretização das implementações sociais que estiverem aquém de um mínimo constitucionalmente previsto³⁵⁸.

Toda essa dinâmica entre os poderes revela que o papel do Legislativo será “trabalhar a programação para a realização do Estado Social, que será fiscalizada pela sociedade, com a ideia de conformação da realidade em uma nova possibilidade de igualdade niveladora na qual as oportunidades possam ser trabalhadas dentro do mínimo disposto no texto constitucional³⁵⁹”; já o Judiciário será responsável finalisticamente pelo “ajustamento do mínimo vinculado pelo texto constitucional³⁶⁰”.

Assim, não há como se afastar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, pois quando da sua não observância pelos Poderes Públicos, devem-se garantir mecanismos judiciais para sua efetivação, de maneira que os direitos sociais possam ser invocados individualmente, sem que isso represente afronta à separação dos poderes, ao princípio democrático e à reserva de competência legislativa³⁶¹.

Propugna Ronald Dworkin que essa transferência de poder político para o Poder Judiciário não ofende o princípio democrático, mas pelo contrário, é forma de proteger as minorias, pois os juízes baseiam seus julgamentos em argumentos de princípio político³⁶². Assim, em casos fáceis as pessoas têm um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou³⁶³;

³⁵⁸ Ibidem, p. 402-403.

³⁵⁹ Ibidem, p. 403.

³⁶⁰ Idem.

³⁶¹ RIGO, Vivian. Saúde... Op. cit., p.177.

³⁶² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 06

³⁶³ Ibidem, p. 14.

contudo, nos casos difíceis, controversos, deve-se analisar se o juiz deve tomar decisões políticas e qual a concepção que se tem do Estado de Direito³⁶⁴.

Expõe o autor que, por um lado, o argumento da democracia está baseado na ideia de que as decisões políticas devem ser tomadas por funcionários eleitos, ou seja, por aqueles escolhidos como representantes da comunidade, os quais são periodicamente substituídos. Ora, os juizes não são eleitos e suas decisões ao aplicarem a legislação não dependem da aprovação social, portanto eles não podem aumentar ou modificar o texto legal; por outro lado, também surgem os contra-argumentos, como o de o Parlamento poder revogar decisões políticas tomadas pelo Judiciário que eventualmente lhe desagradem³⁶⁵.

Não obstante, o que se vislumbra de sua análise em relação às razões para se afirmar que uma decisão legislativa sobre direitos tem probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial, é que não existem argumentos para tal, o que leva a afirmar: “Não conheço nenhuma razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas³⁶⁶”.

Dworkin é enfático ao afastar a ideia de que os legisladores estão em melhor posição do que os julgadores, pelo fato de estarem em maior contato com os seus representados, acolhendo-os e incluindo-os nas discussões sobre alguém ter um direito a algo ou não, pois não há como supor que os legisladores não sucumbirão às pressões sociais de alguns grupos. Além disso, evidencia que é pela estabilidade da política e pela equidade que a maioria das pessoas defende que as decisões sobre direitos sejam tomadas pelo Legislativo, o que leva à conclusão de, que se todo o poder político fosse outorgado ao Judiciário, a democracia e a igualdade do poder político seriam minadas³⁶⁷. Por outro lado, também não se pode esquecer que uma democracia

³⁶⁴ Ibidem, p. 16.

³⁶⁵ Ibidem, p. 17-18.

³⁶⁶ Ibidem, p. 26.

³⁶⁷ Ibidem, p. 30.

autêntica não proporciona uma igualdade ampla de poder político. É que “membros das minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos, que são, enquanto grupos, mais poderosos³⁶⁸”, ou seja, em uma democracia não há distribuição igualitária de poder político, sendo possível constatar que muitos cidadãos são destituídos de qualquer privilégio, ao passo que pequenos grupos com poder econômico os detêm.

Assim, “se os tribunais tomam a proteção dos direitos individuais como uma responsabilidade especial, então as minorias ganham em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas³⁶⁹”. Portanto, não há nenhum argumento que possa sustentar que a transferência da decisão sobre os direitos do Legislativo para o Judiciário possa ferir o ideal democrático da igualdade.

No direito pátrio, quem defende com propriedade o caráter político do poder dos juízes sem que isso apresente afronta à democracia é Dalmo de Abreu Dallari. Em sua ótica, por meio da Constituição, o povo legitima formalmente as decisões dos juízes, de maneira que essa legitimação só é complementada pelo povo quando os juízes cumprem seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos, primando pela ideia de justiça nas suas decisões³⁷⁰.

Assim, no Estado moderno, além da independência em relação aos demais poderes, as decisões oriundas do Judiciário vinculam o Executivo, obrigando-o a fornecer os meios necessários para a consecução dos objetivos fixados nas decisões, através de ordens; e assim agem os magistrados na condição de agentes públicos, com parcela de discricionariedade, mas sobretudo com responsabilidade para atingir metas sociais³⁷¹. Além desses elementos, que já permitiriam reconhecer o caráter político, há o fato de que “as decisões judiciais fazem parte do exercício da soberania do Estado,

³⁶⁸ Ibidem, p. 31.

³⁶⁹ Ibidem, p. 32.

³⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder...**, Op. cit., p. 89.

³⁷¹ Ibidem, p. 90.

que, embora disciplinada pelo direito, é expressão do poder político³⁷²”, por isso apesar do juiz não ser legislador, não é mero aplicador da lei, ele deve interpretá-la.

Por fim, ainda existe a questão da socialidade inerente ao direito, que é mais uma forma de se vislumbrar o caráter político da função jurisdicional. A partir da premissa histórica de que a sociedade não existe sem o direito, conclui-se que “onde houver direito haverá sociedade e onde houver sociedade haverá direito”. Ademais, considerando-se a natureza humana associativa, não há como conceber o ser humano fora de um grupo social, o que implica em todos os direitos individuais estarem entrelaçados e só existirem e poderem ser exercidos no meio social. Por outro lado, é justamente nessa coletividade que aparecem conflitos de interesses, os quais fazem nascer a necessidade de esclarecimento do direito e garantia da sua aplicação justa, que é feita pelo judiciário. Aí entra a questão da não neutralidade do julgador, pois ele deverá sempre fazer escolhas entre normas, argumentos, interpretações e interesses, o que evidentemente será uma solução política, em razão dos efeitos sociais de sua decisão³⁷³.

Por essa razão, fica nítida a politização do Poder Judiciário já que o direito traz em si uma conotação política, por estar inserido em uma sociedade, o que provoca nos julgadores a busca pelo conhecimento e interpretação do direito, visando à justiça social.

Por sua vez, o entendimento de Luís Roberto Barroso traz argumento forte para a atuação judicial na concretização dos direitos sociais, no específico do direito à saúde segue a linha de que, apesar de a dicção constitucional ser ambígua – por se referir a um direito à saúde com uma redação de norma programática - deve-se dar efetividade àquela norma e superar pela via judicial as omissões do Poder Público, mesmo que ao custo de um ativismo judicial³⁷⁴.

³⁷² Idem.

³⁷³ Ibidem, p. 95-96.

³⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito...** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 107.

Destarte o autor afasta o caráter programático da norma e, por consequência, a necessidade de edição de norma infraconstitucional integradora para o caso específico do direito à saúde, pois este direito está voltado para a realização de uma justiça social e investe os administrados do poder de ação para satisfação do seu interesse, por meio do próprio regramento constitucional, o qual dará ensejo à exigibilidade de prestações positivas pelo Estado³⁷⁵.

Nesta perspectiva pode-se vislumbrar que o direito à saúde recebe tratamento de legítimo direito fundamental social, podendo ser qualificado, então, como um direito subjetivo que tutela bens e interesses numa esfera individual, e não apenas coletiva, podendo ser imediatamente exigível, pois, ao não depender de qualquer normação infraconstitucional, é direito plenamente efetivo.

Vicente de Paulo Barretto, ao refletir sobre os direitos sociais, considera-os como valores supremos da Constituição e como categoria jurídica essencial ao regime democrático, de maneira que não estão eles em posição hierárquica inferior aos direitos civis e políticos, pelo contrário, “são direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional³⁷⁶”. Tal posicionamento aponta para algumas importantes falácias teóricas e políticas, apresentadas pela doutrina em geral, que afastam o reconhecimento desses direitos como verdadeiros direitos fundamentais e os consideram como meras normas programáticas.

Na perspectiva das falácias teóricas, tem-se, em primeiro lugar, que, não há que se falar em aparente conflito entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais quando da sua implementação, pois estes não colocam em risco a liberdade individual; em segundo lugar, os direitos sociais não são direitos de segunda ordem, ou seja, não são direitos subsidiários aos demais nem estão sujeitos à impossibilidade objetiva de implementação; e, em terceiro lugar, não há mais que prevalecer a concepção do formalismo positivista de que a lei deve resguardar a liberdade formal, pois o exercício das liberdades ocorre no contexto das relações de poder encontradas na realidade

³⁷⁵ Ibidem, p. 104.

³⁷⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 110.

social. Enfim, o pano de fundo dessas falácias está no argumento neoliberal de que os direitos sociais não passam de promessas vazias³⁷⁷, o que não se coaduna com os objetivos contidos em nossa Constituição.

Ainda, as falácias de matiz político que podem ser apontadas contra os direitos sociais sustentam que o Estado de Direito estruturou-se para assegurar os direitos civis e políticos, ou seja, apenas para garantir aos cidadãos um conjunto de direitos e garantias individuais; porém esquecem-se de que, com a democratização do Estado Liberal, houve a incorporação de direitos sociais, estabelecendo-se uma relação de reciprocidade e integração dos direitos fundamentais³⁷⁸. Assim, não são os direitos sociais direitos subsidiários, pelo contrário, para que se exerçam os direitos civis e políticos é indispensável que os cidadãos desfrutem dos direitos sociais, como verdadeiras pré-condições de liberdade.

Ademais, é falacioso defender que a efetividade dos direitos sociais depende de uma economia forte, porque isso pressupõe que somente os países ricos poderiam implementar políticas públicas visando à justiça social, quando na verdade a função do Estado moderno é assegurar o bem comum e a decisão sobre a alocação dos recursos para as demandas sociais depende da vontade política, corporificada no sistema representativo³⁷⁹.

Por fim, a maior falácia apontada é a do custo dos direitos sociais ou “reserva do possível”, pois ela ignora o fato de que todos os direitos geram custos. Além disso, alegar a escassez dos recursos para efetivar os direitos sociais acaba por comprometer os próprios direitos civis e políticos, já que esses dependem daqueles. Portanto, a garantia da liberdade deve estar acompanhada da implementação de condições existenciais que tornem possível o seu exercício real, e não apenas formal³⁸⁰.

³⁷⁷ Ibidem, p. 114-116.

³⁷⁸ Ibidem, p. 118.

³⁷⁹ Ibidem, p. 120.

³⁸⁰ Ibidem, p. 122.

Por todas essas críticas (falácias) apresentadas às fundamentações doutrinárias tendentes a afastar o caráter fundamental dos direitos sociais, não se pode mais seguir a visão estritamente liberal e formalista de que os direitos sociais são normas meramente programáticas, dependentes de regulamentação legislativa, que não outorgam direitos subjetivos, podendo sim, o Judiciário, atuar na busca da liberdade real e da igualdade material, como forma de concretizar a justiça social.

Essa discussão está diretamente concatenada com a temática dos “custos dos direitos” e da “reserva do possível”, que não podem servir como barreiras intransponíveis à realização dos direitos a prestações, pois é evidente que o problema da efetividade dos direitos fundamentais, de modo geral, está ligado com a crescente carência de recursos disponíveis e com o aumento das demandas sociais, o que não pode levar à utilização indiscriminada do argumento da reserva do possível como impeditivo da intervenção estatal ou escusa para omissões do Estado.

O que está em jogo no caso do direito à saúde frente às restrições decorrentes da reserva do possível, é a exigência de ponderação entre a escassez dos recursos fáticos e o princípio da separação do poderes, as regras constitucionais de competência, o princípio federativo, a universalidade do acesso aos serviços de saúde e o princípio da igualdade³⁸¹.

Não se deve, contudo, condicionar a efetivação do direito à saúde à cláusula da “reserva do possível”, pura e simplesmente, sem sopesá-lo com a garantia do mínimo existencial – no sentido de garantia de condições existenciais para uma vida com dignidade - e analisar, conjuntamente, a comprovação efetiva de indisponibilidade total ou parcial de recursos pelo Estado e o não desperdício dos recursos existentes³⁸², pois não se pode ignorar, no discurso jurídico da efetivação dos direitos sociais, para que ele não fique dissociado da realidade, que existe uma limitação dos recursos estatais, o custo de todos os direitos e a relação entre a escassez relativa dos recursos e as escolhas trágicas. Ademais, a finalidade do Estado ao arrecadar recursos é gastá-lo

³⁸¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p.122.

³⁸² RIGO, Vivian. Saúde... Op. cit., p. 179.

com obras, prestações de serviços e políticas públicas, concretizando, enfim, os objetivos da Constituição. Assim, como a Constituição visa ao bem-estar do homem e à sua dignidade, o que inclui direitos individuais e condições mínimas existenciais, somente após se estabelecerem os gastos públicos prioritários é que se poderão destinar os recursos remanescentes, de modo que “o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível³⁸³”.

Neste caso, destaca-se também que “quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas³⁸⁴”.

Ademais, quando se fala em administrar a escassez dos recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais, em consequência todos os órgãos estatais e os agentes políticos estarão obrigados, em razão dos princípios da moralidade e da eficiência, a maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível³⁸⁵. Isso significa que, o poder público tem o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial dos recursos, assim como do não desperdício dos recursos existentes e de sua eficiente aplicação³⁸⁶.

Neste contexto, fica claro que a atuação pública deve ser basear na ideia de uma ampla proteção e máxima eficácia dos direitos sociais prestacionais nas políticas governamentais, não podendo o argumento da reserva do possível ser utilizado como mero obstáculo para a sua intervenção ou como subterfúgio para omissões, pois os recursos devem ser administrados seguindo princípios administrativos como a moralidade e a eficiência, bem como observando os critérios de adequação,

³⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia...** Op. cit., p. 272.

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 376.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 379.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 378.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de maneira que jamais o direito social possa ser suprimido, ao menos, quando compreenda o mínimo existencial.

Assim é que, num Estado Democrático de Direito, quem deve governar é a vontade de Constituição, e não a dos poderes constituídos, de modo que a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador e dos órgãos jurisdicionais estão limitadas às opções do constituinte. Não se sustenta o argumento da reserva do possível como limite aos gastos públicos, uma vez que não se pode privilegiar a legislação orçamentária em detrimento das prioridades constitucionais, motivo pelo qual o judiciário poderá efetuar um controle das opções orçamentárias e da legislação relacionada com os gastos públicos, com fundamento na fidelidade das opções feitas pelo Constituinte³⁸⁷.

É nesse sentido que Carlos Alberto Molinaro e Mariângela Guerreiro Milhoranza apontam que grande parte da doutrina tem se preocupado em estabelecer limites para a atividade jurisdicional no que tange ao direito à saúde, valendo-se de argumentos como a escassez de recursos e o princípio da reserva do possível, o que não deve prosperar, pois “alegar o custo de um direito revela a tendência de mercantilizá-lo e mesmo de fundar uma relação em um modelo de contrato, em que o exato valor dos polos da relação implicam um valor apropriável para determinado estamento³⁸⁸”.

Por considerar, então, que os custos são consequências do cumprimento dos direitos e que os direitos não têm custos, mas sim, a vida na comunidade, no Estado, é que não há como se valer de forma pura do critério da escassez de recursos para se escolher qual direito deve ser atendido pelo Estado, pois impera aí uma responsabilidade social, de maneira que a escassez pode ser combatida - e com grande

³⁸⁷ Ibidem, p. 380.

³⁸⁸ MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Alcance político da jurisdição no âmbito do direito à saúde. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p.222

eficiência - com um adequado sentido de solidariedade de todos, particulares e Poderes Públicos³⁸⁹.

Nessa linha, com base no princípio da máxima concretização dos preceitos constitucionais e visando ao menos atender a parcela do direito à saúde de corresponde ao mínimo existencial, impõe-se o reconhecimento da politização da justiça para a garantia da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, assim como para um governo realmente democrático e fundado na solidariedade³⁹⁰.

Ademais - como lembra Fernando Facury Scaff, analisando o modo pelo qual a sociedade financia o Estado na implementação dos direitos fundamentais através do sistema tributário e financeiro, com previsão de receitas, orçamentos e destinações em leis orçamentárias de diversas espécies - todos os direitos importam em um custo, pois mesmo os direitos que garantem as liberdades individuais precisam de verbas públicas para sua implementação, verbas com que arca toda a comunidade, em face do princípio da solidariedade e pelo fato de estar o serviço disponibilizado a toda a população³⁹¹.

Portanto, a questão da disponibilidade de recursos por parte do Estado para efetivar os direitos sociais não pode ser utilizada indiscriminadamente, nem pode prevalecer o argumento da reserva do possível, pois a garantia de todos os direitos fundamentais (os de cunho negativo e positivo) gera altos custos.

Sobre não adotar indiscriminadamente o argumento do custo dos direitos sociais para obstar a sua efetivação, Abramovich e Courtis, partindo da premissa dos custos de todos os direitos, consideram que todos eles prescrevem obrigações negativas e positivas, de maneira que os direitos civis não se esgotam em abstenções por parte do Estado, mas exigem também condutas positivas, do mesmo modo que os direitos sociais não se esgotam em prestações positivas, pois quando o sujeito já

³⁸⁹ Ibidem, p. 222

³⁹⁰ Ibidem, p. 224.

³⁹¹ SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 80

conquistou o bem objeto de um direito, o Estado tem a obrigação de abster-se de realizar condutas que o afetem, ou seja, não pode privar ilicitamente o titular do gozo de um bem de que já dispunha³⁹². Assim, apesar de frequentemente se negar a possibilidade de judicialização diante de violações dos direitos sociais, não existem fundamentos para tanto, razão pela qual se pode recorrer à via judicial quando houver violação dos limites negativos impostos a um determinado direito econômico, social ou cultural ou quando houver descumprimento de obrigações positivas pelo Estado³⁹³.

A doutrina aponta como óbices à proteção judicial dos direitos sociais: a) a falta de especificação concreta do conteúdo de alguns desses direitos; b) a autorrestrição imposta pelo próprio judiciário na hora de avaliar a sua faculdade de invalidar decisões políticas; c) a falta de mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos sociais; e, d) a falta de tradição cultural de exigibilidade desses direitos; porém existem dois grupos de estratégias que garantem a exigibilidade, os quais podem ser compreendidos como formas de superação desses obstáculos: 1) as estratégias de exigibilidade direta, em que a atuação judicial tem como objeto a invocação direta do direito social, de que é exemplo a condenação do governo argentino e do Ministério da Saúde a fornecer os medicamentos para todos os portadores de HIV/SIDA); e 2) as estratégias de exigibilidade indiretas, em que a proteção do direito social se aproveita da possibilidade de justiciabilidade e dos mecanismos de tutela de outros direitos (como a proibição da discriminação e a igualdade de tratamento, emprego do devido processo legal, o acesso à justiça, direito à revisão judicial dos atos administrativos, dentre outros)³⁹⁴.

Para garantir os direitos e valores fundamentais sociais mais relevantes, é plausível que o Judiciário exerça um controle sobre a atuação dos poderes públicos,

³⁹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137-138

³⁹³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2.ed. Madri: Editorial Trotta, 2004. p. 42-43.

³⁹⁴ Ibidem, p. 122-132.

fiscalizando a máxima efetivação dos direitos sociais previstos e garantidos na Constituição, em face da sua legitimidade democrática para decidir sobre a alocação dos recursos públicos quando os demais poderes originariamente competentes são inertes ou ineficientes. Afasta-se, portanto, o puro condicionamento da realização de tais direitos à reserva do possível, pois isso representaria um verdadeiro aniquilamento dos direitos consagrados na Constituição e uma afronta à democracia.

Em virtude das diferentes bases culturais, econômicas, sociais, políticas e históricas em que foi criada, não há que se transportar o argumento da reserva do possível da doutrina estrangeira para o Brasil, para se defender que a eficácia dos direitos fundamentais sociais depende do limite fático da reserva do possível, pois sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, bem como adequar as leis orçamentárias. Assim, “os problemas de caixa não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de caixas cheias do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte³⁹⁵”.

Além do mais, é dever do Judiciário “assumir uma postura intervencionista ou ativista quando se tratar de direitos fundamentais, buscando mudanças sociais no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais, buscando reforçar os ideais mais equitativos de democracia contra a concepção tradicional de democracia majoritária, para se proteger os grupos minoritários, que, diga-se de passagem, são maioria no Brasil³⁹⁶”.

Agindo no controle das omissões ou insuficiências do poder público, o Judiciário faz uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando as verbas de áreas não emergenciais e destinando-as ao atendimento das necessidades condizentes com a existência digna do ser humano, sem que isso afronte a liberdade de conformação do legislador, pois não se trata de uma competência absoluta, pelo

³⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 270.

³⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição...** Op. cit, p. 195.

contrário está vinculada à observância de um padrão mínimo de condições materiais indispensáveis para uma existência digna.³⁹⁷

Aponta-se, então, para um novo caminho: mitigar o princípio da reserva do possível e a garantia de condições mínimas para uma existência humana com dignidade. Apesar de não estar obrigado a ter recursos suficientes para implementar todos os direitos fundamentais e todas as demandas sociais por meio das políticas públicas, o Estado tem o dever de comprovar a sua inexistência para garantir os direitos sociais ou tem de demonstrar que não despendeu injustamente ou de forma ineficiente tais recursos. Em nenhuma hipótese, porém, pode o Executivo ou o Legislativo desvincular-se da proteção do direito ao mínimo existencial, pois seu conteúdo e configuração põem-se na própria Constituição. Assim se a princípio os poderes públicos não operacionalizam os direitos sociais pela via infraconstitucional, não seria possível a sociedade exigir a adoção de políticas públicas, mas, inequivocamente, no plano individual essa é uma alternativa, pois essa exigência de concretização dos direitos que compõem o mínimo existencial visa a impedir que a falta de recursos do cidadão leve à morte ou a uma vida indigna³⁹⁸.

Fica então claro que, apesar da legitimidade precípua e não exclusiva do Legislativo para a concretização dos direitos fundamentais, mediante a edição de leis infraconstitucionais com base no orçamento estatal e nas políticas públicas a serem implementadas pelo Executivo, podem ocorrer situações de ineficiência da ação, inação ou mesmo retardamento nessa ação que gerem prejuízos e coloquem em risco a própria existência do cidadão. Logo, não pode o princípio da reserva do possível ser utilizado para desvincular o Estado da obrigação de prover os direitos que compõem o mínimo indispensável para a vida com dignidade do indivíduo, podendo o Judiciário intervir para que as devidas providências sejam tomadas pelo Estado.

Postula-se, assim, uma política jurisdicional para dar supremacia à Constituição, de maneira que não elimine o princípio da legalidade, mas o amplie, para

³⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op.cit. p, 288-289.

³⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. Op. cit., p. 451-454.

que a prática constitucional esteja altamente comprometida com a ampla efetivação dos direitos fundamentais. Não pode o Estado socorrer-se indistintamente de alegações como escassez dos recursos ou a reserva legal para obstar a concretização de tais direitos, que devem ser garantidos ao menos no que se refere ao mínimo existencial para uma vida com dignidade, pois o Estado tem sua estrutura orçamentária justamente para satisfazer tais direitos, restando o ônus da prova da ausência de recursos, da sua utilização eficiente, aos poderes públicos.

Impende, portanto, ao Poder Judiciário cuidar de questões como “o combate a corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários, o combate a sonegação e informalização da economia, entre outros tantos problemas correlatos, que, caso não devida e urgentemente equacionados, seguirão impedindo um nível pelo menos razoável de efetividade aos direitos fundamentais³⁹⁹”.

Como leciona Virgílio Afonso da Silva, o papel do Judiciário como controlador das políticas públicas que efetivam os direitos sociais é mais relevante do que, a relacionada com demandas individuais, pois o maior problema para a efetividade dos direitos sociais é o desvio na execução das políticas públicas, assim o Judiciário em conjunto com o Ministério Público pode controlar a execução das políticas já existentes, tratando os direitos sociais de uma forma global, coletiva, respeitando as escolhas políticas, não realocando de forma irracional e individual os escassos recursos, realizando com mais eficiência os direitos sociais⁴⁰⁰.

É justamente analisando globalmente o problema da efetividade dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais que são, que Jorge Reis Novais aduz argumentos políticos e jurídicos e defende a tendência do ativismo judicial, como forma de proteger a dignidade humana e garantir ao menos o direito ao mínimo existencial. É que a questão da limitação financeira do Estado existe e traz cada vez

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 382.

⁴⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 598

mais o desafio ao poder político de repensar, alterar, reformar ou mesmo suprimir direitos ou prestações, o que se reflete na esfera jurídico-constitucional, uma vez que se procura estabelecer os limites do poder de disposição da esfera política, sendo ela mais ou menos livre em relação aos direitos cuja realização dependa de disponibilidade financeira.⁴⁰¹

Isso ocorre porque questões de direitos sociais cabem sempre ao Tribunal Constitucional, tal como acontece com todos os outros direitos fundamentais, já que a ele compete, em última análise, delimitar as fronteiras do que é jurídico-constitucionalmente permitido ou não ao legislador ordinário⁴⁰²; portanto, em primeiro lugar, o poder jurisdicional servirá para delimitar as fronteiras da atuação do poder legislativo, em que pese ao fato de o posicionamento da corte constitucional portuguesa ter sido por muitos anos no sentido de que

ao legislador ordinário é reconhecida uma ampla margem de realização ou conformação dos direitos sociais, só limitada quando ele põe em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade e proteção da confiança), quando afecta o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais (Gomes Canotilho) ou quando destrói um nível realizado de concretização legislativa que já beneficiava de uma sedimentação na consciência jurídica geral que lhe conferia o estatuto de direito materialmente constitucional (Vieira de Andrade)⁴⁰³.

O atual posicionamento da Corte Constitucional Portuguesa é, sem dúvida, por um ativismo judicial nas questões que envolvam os direitos sociais, em virtude da dignidade da pessoa humana e da garantia do mínimo existencial, de modo que a sua eficácia será atingida da mesma maneira que os demais direitos fundamentais. Assim, qualquer restrição aos direitos sociais só será possível por razões fortes e suficientemente fundadas, pois não são direitos discricionariamente disponibilizáveis

⁴⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos...** Op. cit., p. 189

⁴⁰² Ibidem, p. 190.

⁴⁰³ Ibidem, p. 195.

pelo poder político, cabendo àquela Corte fazer um controle constitucional dessas restrições⁴⁰⁴.

Esse posicionamento deve-se ao fato do autor entender os direitos sociais como direitos fundamentais, não fazendo diferença de regime constitucional entre eles. O regime de proteção desses direitos acolherá a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proibição do excesso e a proteção da confiança como princípios constitucionais estruturantes, bem como exigirá a reserva de lei e a garantia do conteúdo essencial. Além disso, verifica-se uma força constitucional que retira os direitos sociais da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, obrigando o poder público a fundamentar as restrições que pretender. Como esses direitos dependem de disposição financeira, há uma diminuição do controle, mas só quando o legislador acionar, fundamentadamente, essa reserva. Desse modo, se essa reserva do possível não é utilizada fundamentadamente, os direitos sociais podem apresentar resistência à intervenção do legislador, sujeitando-se ao controle do Tribunal Constitucional. Ademais, essa restrição que se impõe aos direitos sociais só é legítima quando houver necessidade de o legislador proteger outro bem jurídico de igual relevância; por outro lado, também da reserva do possível decorre uma impossibilidade de reconhecimento da proibição do retrocesso. Por fim, a identificação dos direitos de liberdade com os direitos sociais afasta a possibilidade de sua proteção restrita ao núcleo essencial, pois isso representaria uma impossibilidade prática de identificação dos núcleos protegidos, dando margem à intervenção legislativa, afastando-se o controle jurisdicional⁴⁰⁵.

2.4 QUAL O CAMINHO A SEGUIR?

Dessume-se da sistematização dos argumentos contrários e favoráveis à efetivação judicial dos direitos sociais, efetuada a partir do que foi desenvolvido pela doutrina pátria e estrangeira, uma correspondência com os debates surgidos entre o

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 208.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 196-198.

procedimentalismo e o substancialismo relacionados com a democracia e com as formas de se interpretar a Constituição. Restando claro que o substancialismo propõe uma maior efetividade dos direitos sociais através da jurisdição constitucional, com a adaptação da Constituição à realidade social e na busca por uma justiça social, adotando uma atitude ativista, ao passo que o procedimentalismo refere-se à judicialização da política como forma de lesão à democracia, afastando-se das preocupações com a defesa material dos direitos fundamentais.

Assim, apesar das discussões entre o procedimentalismo e o substancialismo⁴⁰⁶ em torno da legitimidade democrática do Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes públicos, no fundo, o que o que está em questão é a divergência entre a possibilidade de adoção de argumentos jurídicos e políticos pelo Judiciário na concretização dos direitos sociais e a respectiva mudança de perspectiva da separação dos poderes dentro do Estado Democrático de Direito. Não havendo, de qualquer forma, como se afastar totalmente a possibilidade da atuação judicial.

Como destaca Cláudio Pereira de Souza Neto, apesar das críticas principiológicas e institucionais à judicialização dos direitos sociais e da necessidade de racionalização na sua atuação, é inquestionável a possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover as prestações sociais, ou seja, o ativismo judicial⁴⁰⁷. Isso porque as críticas que questionam a legitimidade do judiciário para concretizar os direitos sociais de matriz liberal, ligadas à separação dos poderes e ao fato de os direitos sociais não serem verdadeiros direitos fundamentais, não devem

⁴⁰⁶ Destaca-se que essas duas teorias filosóficas (procedimentalismo e substancialismo) estão relacionadas com o papel da Constituição em nosso ordenamento jurídico, sendo responsáveis por modificar toda uma modalidade de entendimento do contexto da Constituição, o que é essencial para desvendar o papel da jurisdição constitucional, a sua força normativa e o grau de dirigismo. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13). Por esse motivo, tais teorias são trazidas como contributo para a discussão de qual o caminho a ser seguido, o ativismo ou a restrição da atividade judicial, mas não constitui objeto central dos debates.

⁴⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-516

prosperar, pois o modelo de separação dos poderes adotado no Brasil não atribui funções estanques aos diversos ramos do Poder Estatal, mas sim, o sistema de pesos e contrapesos, em que um poder pode exercer competências que a princípio caberiam a outro. Tampouco a atuação judicial é incompatível com o liberalismo, pelo contrário, ao concretizar os direitos sociais o Judiciário está promovendo as condições da própria liberdade individual⁴⁰⁸.

Do mesmo modo, com relação às críticas democráticas relacionadas com o fato da concretização judicial dos direitos sociais ser antidemocrática, uma vez que os juízes não passam pela crivagem do voto popular. Tal argumento não leva em consideração que, o Judiciário pode garantir as condições para a deliberação democrática, já que ao garantir os direitos sociais garante-se aos cidadãos a possibilidade de participação pública efetiva no debate político, além de fomentar a atuação dos cidadãos na vida política do Estado⁴⁰⁹.

Ainda, quando às críticas relacionada com a escassez de recursos e a reserva do possível, a desorganização da administração pública que passa a priorizar o cumprimento das demandas individuais, a falta de conhecimento técnico do judiciário no campo da escolha da política pública mais adequada, a observância de juízos consequencialistas nas decisões judiciais e universalidade e igualdade no acesso à justiça, decorrentes dos problemas práticos das decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços⁴¹⁰, verifica-se que elas não são suficientes, por si sós, para afastar a judicialização dos direitos sociais, apenas demonstram a necessidade de criação de parâmetros/critérios adequados para a atuação judicial, a ampliação do

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 519 -522.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 522 - 524.

⁴¹⁰ Veja-se que Luís Roberto Barroso propõe a mesma sistematização das críticas doutrinárias lançadas à efetivação judicial do direito à saúde, destacando que a norma constitucional está positivada na forma de norma programática, a impropriedade em tratar o problema como de mera interpretação de preceitos Constitucionais, a questão da legitimidade democrática, a reserva financeira do possível, a consequência das decisões judiciais para a desorganização da Administração Pública, a análise econômica do direito à saúde e a questão do acesso à justiça e as desigualdades. Assim, ressalta a necessidade de se racionalizar e uniformizar a atuação judicial, nas ações individuais e coletivas. (BARROSO, Luís Roberto. Da Falta..., Op. cit., p. 891 - 896).

diálogo entre os poderes, formação multidisciplinar dos julgadores que devem socorrer-se de instrumentos como perícias, relatórios técnicos, *amicus curiae*, audiências públicas, dentre outros para fundamentar as suas decisões, bem como incentivar a adoção de ações coletivas e o acesso das minorias à assistência judiciária gratuita⁴¹¹.

Evidencia-se assim que os argumentos da reserva do possível, do custo excessivo para a implementação dos direitos sociais em relação aos direitos de defesa, da escassez dos recursos, da falta de legitimidade democrática do Judiciário para fazer escolhas políticas, da ausência de previsão orçamentária e da ineficiência dos instrumentos processuais são utilizados apenas como óbices procedimentais para afastar a possibilidade de o judiciário intervir em questões que, a princípio, seriam de competência dos poderes políticos.

Tendo-se, porém, em conta a força normativa da Constituição, a garantia da dignidade da pessoa humana e a previsão de direitos sociais como meio para se atingir a liberdade real e a igualdade material, no Estado Democrático de Direito passa a ser também de competência da jurisdição constitucional atuar no sentido de dar uma maior efetividade a tais direitos, seja quando os poderes públicos não criam políticas públicas seja quando simplesmente estas são insuficientes para garantir o direito ao mínimo existencial.

Por esta razão Américo Bedê Freire Júnior ressalta a necessidade de a Constituição ser entendida como substancial, superando-se a visão formal, pois, mais que harmonizar a atuação dos Poderes, o judiciário tem papel de intérprete dos valores implícitos no direito positivado, em especial no texto constitucional⁴¹², impondo-se no Estado Democrático de Direito uma “(...) atuação transformadora do poder judicial na materialização dos direitos fundamentais e na própria preservação do Estado de Direito⁴¹³”.

⁴¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade... Op. cit., p. 525 – 534.

⁴¹² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 89 – 90.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 92.

Da perspectiva substancial resta, então, uma mudança paradigmática da separação dos Poderes e da forma de conceber a Constituição, do mesmo modo como pretendem os favoráveis à efetivação judicial dos direitos sociais, em que o judiciário não pode ser passivo diante das necessidades da sociedade, mas deve, com base no texto constitucional, dotado de valores e princípios, delimitar o conteúdo e o alcance das normas, adequando-os àquilo que é essencial para a sociedade pela via da ponderação dos interesses em jogo, ao invés da mera subsunção das normas ao caso concreto⁴¹⁴.

A lição de Lênio Luiz Streck corrobora com essa ideia da mudança de posição do Judiciário brasileiro e destaca a necessária posição substancialista, pois a justiça constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito deve garantir “a força normativa substancial do texto constitucional⁴¹⁵”, Para ele, “o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade⁴¹⁶”, mas deve inserir-se de uma nova forma nas relações entre os poderes do Estado, levando-se em consideração que são os valores constitucionais que têm de prevalecer, mesmo sobre os textos legislativos aprovados por maiorias⁴¹⁷.

⁴¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 42.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: 2003. p. 156

⁴¹⁶ Ibidem, p. 157.

⁴¹⁷ Conforme as explicações de Lenio Luiz Streck a respeito do reconhecimento da Constituição como norma suprema, à qual todas as demais estão subordinadas. “(...) alteram-se, em primeiro lugar as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua formação, *senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo*, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, *senão que é uma sujeição sobremodo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade*; em terceiro, altera-se o papel da ciência jurídica que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função a não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, *senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto; crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que se exigem para superá-las; altera-se, sobremodo, a natureza mesma da democracia*”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição...**, Op. cit. p. 181).

Por essa razão é que a postura substancial defendida está relacionada com uma ideia de ativismo, intervencionismo judicial e defesa das minorias, para além da mera judicialização da política ou das relações sociais, admitindo-se na inércia dos poderes políticos encarregados precipuamente para efetivar os direitos fundamentais sociais, a atuação do Judiciário⁴¹⁸. Portanto, essa atuação vem para suprir ou corrigir as falhas do processo político.

Nesse sentido, um Judiciário extremamente ativo na supressão de falhas deixadas pelo Executivo e pelo Legislativo na efetivação dos direitos fundamentais, não representa mera sobreposição sobre os demais Poderes, com a substituição de juízos de conveniência e oportunidade, a não ser excepcionalmente, quando tais Poderes evidentemente e de modo arbitrário violem a incumbência constitucional. Sendo assim, como os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil muitas vezes se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos constitucionais, é preciso que o Judiciário atue sobre os gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos. Portanto, o cumprimento das tarefas sociais e respectivas políticas do Estado social de direito têm fundamento nas normas constitucionais e deve ser controlado pelo Judiciário⁴¹⁹.

É que, com a inserção dos direitos fundamentais nas Constituições, impondo obrigações e proibições aos poderes públicos, acrescenta-se à dimensão da democracia

⁴¹⁸ Veja-se que, não se trata de ruptura da separação dos poderes, justamente, porque o Poder Judiciário não substitui “(...) os Poderes Executivo e Legislativo quanto à decisão sobre a característica a ser dada ao Estado, a qual é encontrada na Constituição Federal, nem deve ser o órgão que define as políticas públicas a serem desenvolvidas para dar consequência aos mandados constitucionais, mas deve atuar objetivamente com os demais órgãos na efetivação dos direitos sociais. Essa atuação objetiva não deve ficar restrita somente à análise a respeito de estarem ou não sendo desenvolvidas as políticas públicas necessárias e, ainda, se estas estão atingindo os objetivos estabelecidos pelo texto constitucional. É preciso que o Judiciário atue de forma ativa, anulando regras inconstitucionais, dando aplicação à norma infraconstitucional no caso concreto de forma que o resultado seja adequado aos objetivos constitucionais e supra omissões legislativas e administrativas, redefinindo políticas públicas *quando ocorrer inoperância dos outros poderes*. (ESTEVEZ, João Luiz Martins. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007. p. 75-76)

⁴¹⁹ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1996. p. 241-253.

“procedimental, formal ou política” - que disciplina a organização dos poderes políticos, uma dimensão “substancial” - que estabelece os princípios e os direitos fundamentais e que se referem ao conteúdo que deve ser decidido ou não deve ser decidido pela maioria, obrigando a legislação respeitar tais direitos. Outrossim, a política passa a ser instrumento de atuação do Direito, porquanto está subordinada aos vínculos jurídicos impostos pelos princípios constitucionais, que não podem ser violados e devem ser satisfeitos⁴²⁰.

Com efeito, o Judiciário passa a ser um fomentador do desenvolvimento social, de modo que, na inexistência de condições materiais para a democracia deliberativa o Judiciário deverá atuar, sem excessos ou intervenções indevidas, mas de acordo com alguns parâmetros seguros⁴²¹. Por isso, “(...) entende-se que o juiz constitucional pode agir substancialmente quando encontre fundamento ético irrenunciável e amparo constitucional para tal ação, que deve ser igualmente importante para a própria consolidação material da democracia⁴²²”.

Destarte, visando evitar o voluntarismo das decisões, a discricionariedade abusiva mas, ao mesmo tempo, com o intuito de não reduzir a jurisdição constitucional à garantia do procedimento democrático, visando a defesa da força normativa da Constituição, ao se delimitar e aplicar os direitos fundamentais que, a princípio, deveriam ser concretizados pela atuação política, propõe Marco Aurélio Marrafon ser preciso observar: a) a manutenção da coerência do processo histórico de defesa dos direitos fundamentais, vedando-se o retrocesso; b) as normas do sistema constitucional e os critérios lógico-dogmáticos da construção judicial dos direitos; c) o não afastamento das provas e das argumentações coligidas nos casos concretos, visando a

⁴²⁰ Ibidem, p. 182

⁴²¹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética:** o caráter complexo do método jurídico na decisão constitucional. Curitiba, 2008. 262f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 222-223.

⁴²² Ibidem, p. 223.

legitimidade das decisões; e, d) a concretização do dever ético-originário e sua validação discursivo-normativa, através das mediações anteriores⁴²³.

Porquanto, fica evidente que a jurisdição constitucional não deve apenas proteger procedimentalmente a democracia (a organização dos poderes políticos), mas também as condições materiais para que o cidadão participe do processo democrático. No sentido de que, é através da jurisdição constitucional prudente, cautelosa e motivada (no sentido de fundamentada) que se promoverá a adaptação das normas constitucionais às realidades sociais mutantes, visando a promoção da justiça social e a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Seguindo mesma linha, favorável à utilização da jurisdição constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, com a implementação das políticas públicas correspondentes, aduz Arno Arnoldo Keller que não deve o argumento da reserva do possível obstar a concretização de tais direitos, até porque a decisão judicial que determina o cumprimento de demandas de direitos sociais ou de políticas públicas não representa um deslocamento das decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, isto é, não se trata de uma ruptura da separação dos poderes, pois a atuação judicial é subsidiária, para o caso de inoperância dos demais poderes. Ademais, os óbices orçamentários, a falta de recursos ou a reserva do possível não podem ser utilizados como mera retórica, já que, diante da concepção da garantia jurídico-constitucional, tais argumentos utilizados isoladamente equivalem ao ‘grau zero’ de efetividade dos direitos sociais, uma vez que, esperar que os cofres públicos estejam cheios para atender aos direitos fundamentais-sociais, na prática, não tem nenhuma vinculação jurídica⁴²⁴.

Assim, a questão da implementação judicial dos direitos sociais deve ser tratada com maior complexidade, considerando que o acesso dos cidadãos aos direitos sociais, ao menos no que compreende o direito ao mínimo existencial (por estar ligado a situações limites e que colocam em risco a dignidade humana, a integridade física e

⁴²³ Ibidem, p. 224.

⁴²⁴ KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 265

mental do indivíduo e a sua própria vida), não pode ficar dependente apenas da vontade política ou da existência de recursos públicos, mas deve decorrer do cumprimento da própria Constituição por todas as esferas do poder⁴²⁵.

Destarte, é no caminho de um judiciário ativo que segue a realidade brasileira, já que, apesar da evolução constitucional realizada a partir da Constituição de 88, com a garantia de inúmeros direitos sociais, esses por vezes não são efetivados sob alegações como a reserva do possível, a escassez de recursos, a necessidade de preservação dos procedimentos legislativos orçamentários, deixando de lado a preocupação com a dignidade da pessoa humana, com a garantia de condições para uma vida digna e, por conseqüência, com os meios para se exercer a liberdade, para priorizar questões burocráticas. Como isso é inconcebível, o Judiciário surge então como um defensor das necessidades existenciais e interesses das minorias e garantidor da implementação dos direitos sociais, individual e coletivamente, em especial quando se tratar do direito à saúde, por ser direito intimamente ligado ao direito à vida e a dignidade humana.

Diante dessa conclusão, o alcance das demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde deve ser o mais amplo possível, no sentido de admitir-se tanto a proteção individual quanto coletiva, em caso de omissão ou ineficácia das políticas adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, pois o direito à saúde é direito intimamente ligado à dignidade humana, ao direito à vida e, principalmente, ao direito fundamental ao mínimo existencial, que tem o seu conteúdo definido e limitado apenas no caso concreto, pela proporcionalidade das medidas.

⁴²⁵ Ibidem, p. 266.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O PANORAMA NACIONAL DA JURISPRUDÊNCIA.

Diante do que foi analisado no capítulo anterior, restou demonstrado os principais posicionamentos doutrinários sobre o direito à saúde e o direito ao mínimo existencial, além dos argumentos utilizados para afastar ou viabilizar o acesso ao Judiciário para efetivação de tais direitos. Consagrou-se, também, que diante do novo Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição de 1988, garantidor dos direitos fundamentais, impõem-se uma nova visão sobre a separação dos poderes, exigindo-se do Judiciário uma posição ativa para concretizá-los imediatamente e em seu grau máximo.

Nessa perspectiva, importante trazer ao debate as contribuições da jurisprudência nacional, em especial aquelas colhidas das decisões envolvendo a concretização específica do direito à saúde proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois esse é o direito fundamental objeto desta pesquisa, possuindo grande relevância para o direito mínimo existencial.

Ademais, conhecer o comportamento adotado por esta Corte Suprema quanto ao referido direito e às suas expectativas de efetivação, permite-nos identificar se a dogmática daquela jurisdição é mais ampliativa ou restritiva dos direitos fundamentais, e o que entende quanto a aplicabilidade e justiciabilidade do direito vindicado, refletindo em um modelo centrado no legalismo ou, de outro modo, um modelo preocupado com a preservação dos direitos⁴²⁶.

Por esta razão é que, partindo-se de uma pesquisa livre no banco de dados eletrônico⁴²⁷ serão levantadas as decisões mais relevantes (que figuram como

⁴²⁶ É também desta perspectiva que João Luiz Martins Esteves parte para análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal quanto aos direitos sociais. Contudo, essa análise vai além do direito à saúde, incluindo outros direitos sociais, que aqui não entraram por opção metodológica da pesquisa. (ESTEVEES, João Luiz Martins. Op. cit., p. 92)

⁴²⁷ Esta pesquisa foi realizada no site oficial do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br>), lançando-se os termos chaves citados acima, no campo de pesquisa jurisprudencial. Mas, considerando que o universo de decisões a serem analisadas é incomensurável (avolumando-se principalmente, por conta das inúmeras decisões monocráticas em sede de Suspensão de Tutela Antecipada e Suspensão de Segurança) imperioso o recorte metodológico. Portanto, apesar de **não haver preocupação** com a limitação a decisões monocráticas ou colegiadas, sendo adotada uma pesquisa ampla na base de dados, incluindo decisões da presidência, decisões monocráticas,

precedentes daquela Corte)⁴²⁸ – buscando-se pelos termos chaves como *mínimo existencial*, *reserva do possível*, *escassez de recursos*, *implementação de políticas públicas*, *direito à saúde*, o que viabilizará uma análise das tendências argumentativas sobre o direito social em questão, seus avanços e eventuais retrocessos, decorrentes das decisões – tradicionais ou progressistas –⁴²⁹, bem como se tentará identificar uma tendência argumentativa ao mínimo existencial ou à escassez de recursos;

acórdãos, repercussão geral e eventuais súmulas, optou-se pelo lapso temporal de 1998 a 2010. Porém, ainda diante de tal amplitude, foram selecionadas apenas aquelas que faziam referência conjunta ao termo chave “direito à saúde” com os temas: “mínimo existencial” ou “reserva do possível” ou “escassez de recursos” ou “políticas públicas”, restringindo-se a análise apenas ao tema central desta dissertação. Ademais, por se tratar de pesquisa qualitativa dos argumentos utilizados pelos ministros do STF e não de pesquisa quantitativa, analisou-se as relevantes decisões que trouxessem um amplo debate e aprofundada fundamentação quanto à forma de interpretação do direito social à saúde, enfrentando as temáticas do mínimo existencial e da reserva do possível, mesmo quando algumas delas tivessem por prejudicado o julgamento material.

⁴²⁸ São consideradas **relevantes** aquelas decisões que mais foram citadas no universo dos julgados pesquisados e que são replicadas em casos semelhantes futuros, na condição de verdadeiras “leading cases” jurisprudenciais, podendo ser consideradas como decisões precedentes, para os fins aqui buscados, uma ou mais decisões judiciais anteriores reiteradas em outras decisões futuras, convergindo-se a uma racionalidade decisória.

⁴²⁹ Em vernáculo comum, **tradicional** dá conta de algo costumeiro, que se impôs no dia a dia da comunidade por meio daquilo que os latinos denominavam *tradictio*. Os dois elementos constitutivos do tradicionalismo são: (i) uma conduta repetida; (ii) crença na justiça e no acerto da conduta. Uma definição para a palavra tradicional é “fundado na tradição”, ou seja o que é fundado na “3. herança cultural, legado, crença, técnicas de uma geração para outra; 3.1 conjunto dos valores morais, espirituais etc., transmitidos de geração em geração”. (In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2745). Juridicamente falando, se se está a falar de tradicionalismo referentemente aos julgamentos de um tribunal constitucional – no caso, o brasileiro –, só se pode estar a querer dizer em decisões repetidas e tidas como boas. No campo das decisões do Supremo Tribunal Federal resolutivas dos casos de efetividade dos direitos sociais, tradicionais seriam aqueles julgados mais ligados ao Estado não interventor.

Por sua vez, também em vernáculo comum **progressista** significa o ato de impulsionar ou promover o progresso, ou seja, a superação da *tradictio*. Neste sentido, se se for comparar a monarquia absoluta com a Revolução Francesa, pode-se considerar que esta foi uma evolução (um progresso) em relação àquela. No mesmo sentido, também a Revolução Russa pode ser vista, em suas inovações, como um progresso ao individualismo francês. Dentre as definições que os dicionários fornecem para a palavra progressista há “4 o que evolui continuamente rumo a melhores condições de vida, aproveitando os avanços científicos e tecnológicos (*sociedade p.*) 5 favorável ao progresso, às transformações ou às reformas, esp., nos campos político, social e/ou econômico (*classes p.*)”. (In: HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2308). O significado jurídico para a palavra progressista, no que tange aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal referentes à efetivação dos direitos sociais, é o de avanço, de desenvolvimento e, comparativamente falando, neste campo se contrapõe aos tradicionais e, portanto, primam pela implantação do direito reclamado seguindo, para isso, um modelo de Estado mais engajado no bem-estar social.

conjuntamente, tentar-se-á identificar a existência e utilização de alguns parâmetros para a concretização judicial desse direito, como pretende parte da doutrina.

Por fim, considerando que o Supremo Tribunal Federal em grande parte confirma as decisões das instâncias inferiores, implementando sistematicamente o direito à saúde, fala-se do Judiciário como fomentador da segurança jurídica, ou seja, da proteção à confiança aos cidadãos de que o direito à saúde será concretizado. O que também leva à sua solidificação como guardião da Constituição e da democracia, já que não se resume a um governo da maioria, mas à proteção também dos direitos das minorias.

3.1 PERSPECTIVAS DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Consoante a mudança de perspectiva do Judiciário engendrada pela nova leitura da separação dos poderes ocorrida a partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal se afirmou como guardião da Constituição, pois lhe foi atribuído a responsabilidade pela garantia da força normativa do texto constitucional e pela efetividade dos direitos fundamentais, de modo que um dos seus maiores desafios é justamente dar resposta à acentuada judicialização dos conflitos sociais.

Por essa razão, imperioso estudar a postura daquela Corte Constitucional quando exigida a sua manifestação por meio dos mecanismos da jurisdição constitucional, difusa ou concentrada, monocrática ou colegiada, relativas ao direito fundamental social à saúde, visando entender como a jurisdição constitucional se comporta diante desse direito, concretizando-o ou não, efetuando escolhas políticas ou apenas implementando as políticas públicas, privilegiando o direito à vida e a dignidade humana, fundamentos do mínimo existencial ou dando destaque à escassez de recursos.

De plano, podendo-se identificar como uma das principais evoluções no posicionamento da Suprema Corte a superação do caráter meramente programático das normas definidoras dos direitos sociais, restando nítida à adoção de uma nova visão à respeito das normas constitucionais, que passam a ser dotadas de força vinculante. Assim, é que adequando os valores da modernidade para proteção do indivíduo, a

dignidade da pessoa humana e a participação popular na definição das políticas públicas, é possível compreender que as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais, embora, às vezes dependam de elementos legislativos infraconstitucionais, podem ser imediatamente aplicáveis ao caso concreto⁴³⁰.

Nesse sentido a paradigmática decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário 271.286-8 – RS, asseverando que o caráter programático da norma do artigo 196 da CF/88, que prevê o direito social à saúde, não pode ser entendido como uma promessa constitucional inconseqüente, pois, desta forma, o Poder Público correria o risco de, fraudando as expectativas depositadas pela coletividade, substituir o cumprimento do seu dever, por uma ação irresponsável de infidelidade governamental⁴³¹.

Desse modo, incide primordialmente sobre o Poder Público (nas esferas legislativa, primeiro e executiva, depois) a obrigação de promover a efetivação do direito à saúde, por meio de políticas de prevenção e de recuperação, que visem concretizar o previsto no artigo 196 da Constituição Federal, não podendo se imiscuir de seu dever valendo-se do argumento do caráter programático da norma, pois isso representaria uma afronta até mesmo à própria legitimidade do governo, que tem de representar a vontade dos seus representados.

Nessa perspectiva e diante da fundamentalidade do direito à saúde - que, na atualidade, é expressão da liberdade real e compreende em certa medida o conteúdo do mínimo existencial –, o poder público possui obrigação de prestação positiva, que só será cumprida quando adotadas providências visando promover, na maior medida possível, a efetivação do determinado na ordem constitucional. Pois,

(...) mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (...) – recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em

⁴³⁰ ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte. Op. cit.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8 - RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça: 24.11.2000. No mesmo sentido deste julgado, constando inclusive como precedentes daquela Corte ver: RE 232.335 – RS e RE 273.834 – RS, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello.

conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição⁴³².

Denota-se que, não basta o Estado prever formalmente o direito à saúde no texto constitucional, é imperioso que ele seja concretizado em sua plenitude, principalmente pelos Poderes Públicos, através da atuação legislativa e da implementação administrativa de políticas públicas. Além de ser resguardado a garantia do seu exercício através da jurisdição constitucional, caso esses originariamente legitimados sejam omissos, ineficientes ou não consigam justificar a impossibilidade do cumprimento do dever estatal, pois é preciso ter em conta o objetivo maior da Constituição, consistente na preservação da vida humana com dignidade e, também porque, na condição de direito prestacional, a saúde é direito exigível do Estado.

Denota-se uma tendência de contraposição à dogmática restritiva aos direitos fundamentais, pois a atividade jurisdicional não se limita aos direitos de cidadania, nem considera somente os direitos individuais como núcleo subjetivo dos direitos fundamentais. Pelo contrário, afirma a necessidade da atuação judicial para a efetivação dos direitos sociais, seguindo um modelo de jurisdição que visa a preservação imediata de direitos fundamentais, pois o julgador não atua apenas como legislador negativo, mas intervêm dando efetividade ao texto constitucional, superando a velha visão da separação dos poderes⁴³³.

Para além da garantia da estruturação do governo, por meio da separação dos poderes e da garantia das liberdades individuais, numa Constituição que se pretende democrática é imperioso o respeito à supremacia Constitucional e o reconhecimento do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da integridade da Constituição e garantidor dos direitos fundamentais nela consagrados.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8 - RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça: 24.11.2000.

⁴³³ ESTEVES, João Luiz Martins. Op. cit., p. 102.

Assim, nada justifica a ruptura da ordem constitucional em uma Constituição democrática, onde mais do que organizar o poder e as garantias das liberdades públicas, é expressão do processo de transformação da sociedade e do Estado, concentrando o modelo legitimador das práticas governamentais e do exercício dos direitos, garantias e deveres individuais e coletivos⁴³⁴. Porquanto, não há como se admitir juízos de conveniência e oportunidade na defesa da Constituição, pois “(...)A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito⁴³⁵”. Assim, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição deve zelar pela integridade de todo o sistema político, proteger as liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento jurídico, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições governamentais, pois, o Poder Judiciário tem responsabilidades políticas, sociais e jurídico-institucionais.

Diante do fortalecimento do texto normativo da Constituição, com a superação das normas programáticas, da valorização do papel da Suprema Corte como protetora da sua integridade, é possível extrair outros importantes avanços nos julgados daquela Corte, para a efetivação judicial do direito à saúde, qual seja, o reconhecimento da sua dupla possibilidade de proteção, como direito público subjetivo, *prima facie* e também como direito de toda coletividade⁴³⁶; a competência solidária do seu financiamento

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 2.010-2.(Medida Cautelar) Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça: 12.04.2002.

⁴³⁵ Idem.

⁴³⁶ “O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Examinemos cada um desses elementos. (1) direito de todos: É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão-somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. (...). Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. Não

entre os entes federativos⁴³⁷; e, o envolvimento de escolhas alocativas, pois as políticas públicas além de visarem a redução do risco de doenças, devem garantir acesso universal e igualitário, bem como a promoção, proteção e recuperação da saúde, demandando uma distribuição consciente dos recursos escassos.

obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...) Dessa forma, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3741. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça: 03.06.2009).

⁴³⁷ “(2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos. O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 29/2000, visando a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de co-financiamento das políticas de saúde pelos entes da federação. A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando um aumento e uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e serviços públicos de saúde. O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde - SUS, é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde”. (Idem)

Ademais, e talvez um dos pontos mais importantes na decisão do Ministro Gilmar Mendes – repetidamente utilizada em julgados envolvendo a garantia do direito à saúde, refere-se ao problema da efetivação desse direito estar mais ligado à execução/implementação das políticas públicas já existentes, do que de falta de legislação. Exigindo-se, então, um redimensionamento da atuação da jurisdição constitucional, que deverá considerar a existência ou não de política pública e, quando essa não existir, a solução para o caso concreto deverá surgir da ponderação dos princípios em conflito⁴³⁸.

Esse julgado merece destaque, por enfrentar a questão da interpretação do direito à saúde de modo amplo. Porquanto, ao analisar pormenorizadamente o artigo 196 da Constituição Federal estabelece: o socorro individual e coletivo à via judicial para concretização de tal direito; a responsabilidade solidária do financiamento entre todos os entes da federação; a necessidade de adoção de políticas públicas e escolha de prioridades para a alocação dos recursos, visando à prevenção e recuperação da saúde; e, a diferença entre ausência total de políticas públicas e políticas ineficientes, o que se reflete no fato do Judiciário não poder criar políticas públicas, mas poder determinar o cumprimento de uma política já estabelecida e que eventualmente não esteja sendo observada ou, ainda, pode, diante do caso concreto, compatibilizar os critérios de justiça comutativa e de justiça distributiva, dando resposta ao conflito de interesses.

Frise-se que, quando se defende o ativismo judicial, por conta da necessidade de proteção da força normativa da Constituição, em verdade não se está referindo a

⁴³⁸ “(...) O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer. Nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica”. (Idem)

criação propriamente dita de políticas públicas. É que, o Judiciário exerce o controle sobre a sua execução, já que originariamente cabe aos Poderes Públicos à sua livre conformação, fazer escolhas políticas. Porém, como muitas vezes essas políticas são ineficientes ou mesmo inexistentes, o Judiciário não pode deixar de apreciar as demandas que lhes são apresentadas, diante do princípio constitucional da inafastabilidade, que impõe o dever de proteção contra lesão ou ameaça à direito. Portanto, caberá excepcionalmente a esse Poder adotar decisões proporcionais ao caso concreto, mesmo que isso implique, de certa forma, em escolha política, em razão da justiça social, que é meta constitucional a ser cumprida⁴³⁹.

Por conta disso, não há que se falar em usurpação da separação dos poderes quando o Judiciário efetiva o direito à saúde, como pretendem alguns juristas. Pois, é evidente que não se trata de função precípua do Judiciário criar e implementar políticas públicas. Contudo, excepcionalmente, quando tal incumbência não for cumprida adequadamente pelo Legislativo e Executivo, poderá fazê-lo, visando dotar de eficácia os dispositivos constitucionais que versam sobre os direitos individuais e coletivos⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Sobre a legitimidade da atuação judicial e sua dimensão política na implementação de políticas públicas é o paradigmático posicionamento exarado pelo Ministro Relator Celso de Mello, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: “Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 04.05.2004.)

⁴⁴⁰ “(...)É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas

Deste modo, exige-se e reconhece-se a necessidade de uma nova leitura do princípio da separação dos poderes, pois com a consolidação dos direitos sociais no texto constitucional o Estado passou a ter como missão maior efetivar políticas públicas que gerem transformação na realidade social. Assim, “(...)se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos⁴⁴¹”.

Desta forma, o princípio da separação dos poderes deve ser visto com certo temperamento, de maneira que os direitos sociais não fiquem à mercê da vontade do Administrador Público ou da conformação do Legislador, cabendo agora ao Judiciário exercer um controle sobre os atos praticados quando houver inadequação, ineficiência ou ausência de políticas públicas, através da ponderação dos interesses com os demais valores e princípios constitucionais⁴⁴², visando uma maior efetivação possível de tais direitos, bem como a restauração da ordem jurídica.

Veja-se que, o Judiciário estará legitimado para agir quando as condições mínimas para uma vida digna esteja em risco pois, os dispositivos constitucionais que tutelam especificamente o direito à saúde, estão intimamente ligados com a proteção da vida, da dignidade da pessoa humana e do direito ao mínimo existencial, motivo pelo qual também deve ser garantido em sua maior plenitude possível, considerando a disponibilidade de recursos. Porém, trata-se de incumbência que deve ser cumprida

nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)”. (Idem).

⁴⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197 – MS. Relator: Ministro Humberto Martins. Diário da Justiça: 16.09.2009.

⁴⁴² É nesse sentido também que conclui José Luiz Martins Esteves, pois a simples essencialidade do direito à saúde não é suficiente para legitimar a atuação do Judiciário. “O direito fundamental social (saúde), apesar do reconhecimento de sua essencialidade, teve sua efetividade vinculada à não-prestação de um serviço público por conduta intolerável ou inaceitável, seja por omissão ou por outro comportamento, concepção que parece estar mais próxima ao entendimento de Böckenförde, de exigência de ‘inatividade abusiva do poder competente’, como condição de legitimação ao Poder Judiciário para intervir sobrepondo-se ao dogma da separação dos poderes”. (ESTEVES, José Luiz Martins. Op. cit., p. 103).

por todas as esferas da federação, em razão da responsabilidade solidária dos entes federativos, somando-se os esforços de todos os Poderes para uma prestação mais eficiente.

Importante destacar, no universo de julgados levantados a respeito da implementação judicial do direito à saúde, há uma maior prevalência de decisões envolvendo o fornecimento de medicamentos pelo Estado, quando em discussão os limites da atuação jurisdicional na concretização do direito à saúde, podendo-se identificar um posicionamento firme das Câmaras do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, União, Estados e Municípios tem o dever solidário de custear o tratamento dos pacientes carentes e com doenças raras, fornecendo os medicamentos indicados para o problema do indivíduo ou mesmo para um grupo de portadores de uma doença específica (como o HIV) e na quantidade necessária para a sua recuperação, independente dele constar da lista de dispensação de remédios do SUS. Admitindo-se inclusive o bloqueio de verbas públicas, visando salvaguardar o cumprimento da determinação judicial de fornecimento de medicamentos que deles a pessoa necessite para sobreviver⁴⁴³.

Trata-se da responsabilidade solidária entre os entes da federação (união, estados e municípios) pelo financiamento do fornecimento de medicamentos, disponibilização de outros tratamentos aos pacientes, fomento de práticas preventivas e estruturação da rede médico-hospitalar, dentre outras medidas; como prevê o próprio dispositivo constitucional do artigo 196, um dever do “Estado”.

Essa dicção constitucional é abrangente, alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pois o objetivo maior do “Estado” é garantir uma vida em sociedade segura e com o mínimo suficiente para se preservar a dignidade humana, como destaca o Ministro Marco Aurélio,

⁴⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 242.859-3. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Diário da Justiça da União: 17.09.1999. Apesar de citado como um precedente do STF, no mesmo sentido são os julgados: RE 264.269 – Relator: Ministro Néri da Silveira; RE 255.627 – Relator: Ministro Nelson Jobim; RE 259.5008 – Relator: Ministro Maurício Correa; RE 271.286 – Relator: Ministro Celso de Mello e AI 597.182 – Relator: Ministro Cezar Peluso.

(...) Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, (...) a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. (...) Por outro lado, (...) a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos (...)⁴⁴⁴.

É que, em demandas judiciais, que coloquem em oposição a garantia individual do direito à saúde e os recursos estatais para implementá-lo ou, de um lado, o direito ao recebimento de tratamento médico por pessoas carentes ou com doenças raras e, de outro, a cláusula da reserva do possível ou a limitação orçamentária, deve-se ter em conta que, o eventual prejuízo para toda a sociedade com a satisfação das necessidades especiais de uma minoria, não pode prevalecer sob a proteção ao direito inalienável à vida e a saúde, condições mínimas para se falar em dignidade da pessoa humana⁴⁴⁵.

Constata-se a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional consagrado no artigo 196 da Carta Magna, como algo ligado à um imperativo de solidariedade social. Isso porque, quando estabelecido a controvérsia entre a proteção do direito subjetivo inalienável do cidadão e os interesses financeiros secundários do Estado, razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador privilegiar o respeito à vida e à saúde humana, pois “a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade

⁴⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 232.469 – RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça da União: 23.02.1998.

⁴⁴⁵ Sobre a proteção da inviolabilidade do direito à vida e à saúde colidir com a prevalência de interesses econômicos, financeiros, do Estado, ver decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, então Presidente daquela Corte, no Pet. 1246 – SC, inúmeras vezes citado como precedente.

deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar⁴⁴⁶”.

Ao se tratar do direito à saúde como um dever impostergável, no qual deve prevalecer sob os argumentos de limitação de recursos, por estar conectado com a proteção da vida e da dignidade humana, não se está afirmar que tais direitos não dependam da existência de recursos para se efetivar. Pelo contrário, há preocupação com a concentração dos esforços, no sentido de se empregar os escassos recursos públicos do Estado de maneira a privilegiar direitos que protejam a vida e a dignidade humana. Portanto, embora muitas decisões não tragam objetivamente esta análise, é possível concluir que não se ignora a limitação fática da limitação dos recursos, apenas exige-se uma ponderação acurada dos interesses em conflito, não havendo fundamentos para não se garantir ao menos o mínimo para uma existência digna.

Por consequência, quando se trata da efetivação dos direitos sociais e dos custos dessa prestação para o Estado, aflora uma grande preocupação com a utilização desarrazoada do argumento da reserva do possível, por inúmeras razões. Primeiro, a realização desses direitos devem ser feitas de modo gradual, conforme as possibilidades orçamentárias do Estado; segundo, exige-se a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente estatal; terceiro, impõem-se a proibição de criar obstáculo artificial para frustrar/inviabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência; quarto, a necessidade de adequação da reserva do possível à garantia das liberdades individuais e ao direito ao mínimo existencial, pois o Estado ao recolher os tributos visa gastá-los com a consecução do bem-estar dos seus cidadãos; quinto, requer-se a observância dos critérios de razoabilidade da pretensão individual ou social e a disponibilidade financeira do Estado; e, sexto, redimensiona-se a liberdade de conformação do legislador e a atuação

⁴⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 248.304. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 13.12.2001.

dos administradores, quando em causa uma injustificada inefetividade dos direitos sociais⁴⁴⁷.

Tais argumentos relacionados com a escassez dos recursos, as escolhas alocativas e a cláusula da reserva do possível deflagram a noção de que todos os direitos têm custo⁴⁴⁸. Assim, estando a concretização das políticas públicas dependente da capacidade financeira do Estado, exige-se a objetiva comprovação da incapacidade econômica-financeira do ente estatal, pois a escassez por si só não pode ser utilizada para obstar a efetivação dos direitos sociais. Em especial, porque não existem fundamentos para se exonerar o Estado de cumprir as obrigações constitucionais que perfazem o mínimo existencial⁴⁴⁹. Portanto, ao menos no que diz respeito ao núcleo mínimo de ações visando estabelecer e preservar a existência digna do indivíduo, o Poder Público não tem ampla liberdade para negar a sua efetivação, motivo pelo qual o Judiciário poderá atuar visando garantir a sua fruição.

Evidencia-se assim a tendência da Corte Suprema em admitir o papel ativo do Judiciário na consecução dos objetivos constitucionais e na garantia da força normativa da Constituição⁴⁵⁰, em especial, na garantia da efetividade do direito social

⁴⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 04.05.2004.

⁴⁴⁸ No sentido do que propõem Stephen Holmes e Cass R. Sustein. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999).

⁴⁴⁹ Essa necessidade de equilíbrio entre a reserva do possível e mínimo existencial é constantemente exigida nas decisões de Suspensão de Tutela Antecipada, de relatoria do Ministro presidente Gilmar Mendes. Vide: STA 198 – MG, STA 277 – AL, STA 245 – RS, STA 238 – TO, dentre outras.

⁴⁵⁰ Apesar de não estar relacionado à temática dos direitos sociais prestacionais, observou-se nessa pesquisa a tendência à uma visão progressista do Judiciário, com uma postura mais ativista, enfrentando as questões tormentosas muitas vezes omitidas pelo legislador, viabilizando o exercício de direitos inseridos no texto constitucional, mas carente de densificação. Assim, são os casos da aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da CF e do direito de greve dos servidores públicos, em que o Supremo Tribunal Federal conheceu dos Mandados de Injunção, não apenas emitindo certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar a prerrogativa constitucional, mas viabilizando nos casos concretos, o exercício do direito, afastando a inércia legislativa. (Vide: MI 721/DF, MI 758/DF, MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, MI 670/ES, MI 708/DF, MI 712/PA)

à saúde, pois injustificável inércia dos Poderes Legislativo e Executivo ou ineficiência no exercício de seus misteres, pois o cidadão não pode ser lesado ou ameaçado injustificadamente naquele conjunto de condições existenciais mínimas, que perfazem sua dignidade. Ademais, a liberdade de conformação de políticas públicas conferida ao Legislador e a autonomia na atuação do Executivo, ambas decorrentes da separação dos poderes, não são absolutas.

Nesse sentido, superada a velha concepção da separação dos poderes, aponta-se para a necessidade de uma correta compreensão da reserva do possível, de modo que somente após atingido um patamar mínimo existencial de toda a sociedade é que se poderá discutir a alocação dos recursos remanescentes, admitindo-se, então, a possibilidade do Judiciário se manifestar a respeito das prioridades estabelecidas pela Administração Pública, já que não se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, mas também as razões de conveniência e oportunidade⁴⁵¹.

Portanto, a exigência de equilíbrio do argumento da reserva do possível e da garantia do direito ao mínimo existencial se mostra relevante, pois os recursos são limitados ao passo que as necessidades humanas não. Todavia, isso só é viável, a partir do momento em que houver uma transformação na realidade social da maioria da população, onde os cidadãos se encontrarem em um estágio de desenvolvimento no qual as suas necessidades básicas (que compreendem o direito ao mínimo existencial) já houverem sido garantidas, podendo, então, num segundo momento, discutir-se sobre a forma de alocação dos recursos remanescentes.

Denota-se que, a reserva do possível não pode ser utilizada de modo indiscriminado para a solução do conflito entre as necessidades humanas que são satisfeitas por meio dos direitos fundamentais e a limitação dos recursos públicos, pois trata-se de teoria importada do direito alemão e, justamente por isso, não pode ser adotada sem ressalvas, já que o Brasil é um país com realidade jurídica e social completamente distinta.

⁴⁵¹ Nesse sentido, encontra-se decisões recentes do Supremo Tribunal de Justiça. (Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197 – MS. Relator: Ministro Humberto Martins. Diário da Justiça eletrônico: 16.09.2009).

Assim, onde existe um mínimo de prestações sociais garantidas para assegurar uma vida existência digna é possível admitir a teoria de que o Estado apenas deve prestar o que é razoável. Contudo, onde tal mínimo de prestações sociais não atinge boa parte da população, universalizando o acesso aos serviços públicos, não há como se obstar qualquer demanda (individual ou coletiva) que vise proteger a dignidade da pessoa humana, sob o argumento da limitação de recursos ou da reserva do possível. Em outras palavras, “(...) não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade⁴⁵²”.

De outro turno, importante destacar a existência de posicionamentos mais parcimoniosos quanto ao atendimento das demandas individuais pleiteando a efetivação do direito à saúde. Fundamentado basicamente no sentido de que, o Poder Público tendo o mister de satisfazer as necessidades coletivas, não tem de suprir as necessidades de todos os cidadãos individualmente, sendo indispensável a comprovação de que um determinado medicamento é o único tratamento eficiente, para que a demanda seja deferida. Pois, ao intervir em questões da Administração Pública, o Judiciário acaba gerando desequilíbrio no orçamento público e na organização administrativa⁴⁵³.

Nessa linha de análise há grande preocupação com a utópica ideia de que o Estado tem condições de satisfazer todas as ilimitadas necessidades humanas. Porquanto, quando houverem demandas individuais requerendo a pretensão à certos direitos, primeiramente deve ser analisado se o pedido está dentro do razoável e, conjuntamente, observar a existência de recursos financeiros. Em caso positivo, também deve ser levado em consideração a possibilidade dessa concessão ser feita à toda coletividade, universalizando a prestação social.

⁴⁵² Idem.

⁴⁵³ Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 28.962 – MG. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Diário da Justiça: 03.09.2009.

Em que pese a existência de tal posicionamento, não é ele que tem prevalecido quando se pretende efetivar o direito à saúde⁴⁵⁴, pois este direito estando intimamente ligado ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e constituindo em parte o conteúdo do direito ao mínimo existencial, deve ser tratado com prioridade máxima pela Administração Pública, ao eleger as políticas e ao alocar os recursos públicos. É que, apesar do Estado estar limitado em seus recursos e as necessidades humanas serem infinitas, não se pode adotar a teoria da reserva do possível como óbice à implementação de tal direito, sem a comprovação objetiva da falta de recursos e a demonstração dos reais prejuízos. Isso porque, a sua correta interpretação deve ser no sentido de garantir, a toda coletividade, condições básicas de saúde para uma existência digna, tendo o Estado o dever de adimplir tais necessidades com a máxima efetividade possível. Sendo admitido, somente após atingir este estágio de desenvolvimento humano, discutir a realização dos demais gastos públicos dentro do limite razoável.

Portanto, apesar do Judiciário não ser, originariamente, legitimado para a implementação de políticas públicas de saúde, poderá diante de casos concretos levados a sua apreciação, com fulcro na inafastabilidade da tutela jurisdicional, executá-las ou realizar a escolha da medida mais eficiente para proteger ao menos o que compreende o direito ao mínimo existencial.

Não obstante, admite-se inclusive a utilização de instrumentos processuais para a garantia da execução dessa decisão judicial, ou seja, para que as decisões concessivas de tratamentos médicos surtam resultados práticos, já que muitas vezes é a própria vida ou dignidade da pessoa que está em risco. Assim, os órgãos julgadores com seus inúmeros precedentes, têm posicionamento firme quanto à viabilidade do

⁴⁵⁴ Como bem observado por Daniel Wei Liang Wang, em estudo empírico sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a quase totalidade dos julgados relacionados com a efetivação do direito à saúde pretende uma tutela individual, não havendo referências à proteção pela via coletiva. (WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=bple>>. Acesso em: 12/02/2010.)

bloqueio de verbas públicas para a aquisição de medicamentos ou fornecimento de tratamentos⁴⁵⁵. Concluindo-se, que

(...) Como de sabença, os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. (...)

Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. (...)

Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. (...)⁴⁵⁶

Em termos gerais, fica nítido que aqueles argumentos favoráveis e contrários à efetivação judicial dos direitos sociais, onde se insere o direito à saúde, apresentados no capítulo anterior, de uma forma ou de outra, são abordados nos julgados, dando-se maior prevalência à proteção do direito à vida e à dignidade humana, em razão de serem eles objetivos maiores a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito e protegidos no texto constitucional, que mais que uma carta de intenções, é dotado de força normativa.

Podendo-se afirmar a partir de tais premissas que o direito fundamental ao mínimo existencial, apesar de não previsto expressamente no texto constitucional e sem conteúdo pré-definido, é reconhecido implicitamente na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, de modo preponderante sobre os argumentos de escassez de recursos e da reserva do possível (que é tida apenas como uma ordem imperativa para

⁴⁵⁵ Nesse sentido os seguintes arrestos: AgRg nos REsp 796.509/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça: 30.10.2006; REsp 770.969/RS, Relator: Ministro José Delgado, Diário da Justiça: 21.08.2006; REsp 820.674/RS, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Diário da Justiça: 14.06.2006; AgRg no Ag 723.281/RS, Relator: Ministro Castro Meira, Diário da Justiça: 20.02.2006; AgRg no Ag 706.485/RS, Relator: Ministro Castro Meira, Diário da Justiça: 06.02.2006; AgRg no Ag 645.746/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Diário da Justiça: 05.09.2005; dentre outros.

⁴⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 787.101 – RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça: 14.08.2006.

o julgador efetuar juízo de proporcionalidade do direito exigido), exigindo uma ampla efetivação dos direitos que o compõem, pois não se trata de garantir o mínimo do mínimo, mas o máximo possível para proteção da vida e da dignidade humana.

A essa mesma conclusão sobre a prevalência da garantia de direitos que compreendem o mínimo para uma existência digna (como o caso do direito à saúde), em detrimento dos argumentos da escassez de recursos, chega Daniel Wei Liang Wang em seu levantamento sobre a jurisprudência do STF, realizado em 2006, ao constatar que não há nenhum voto contrário ao direito individual do litigante ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, afastando-se a utilização do argumento da escassez dos recursos como meio para impedir a sua concessão⁴⁵⁷.

Outrossim, imperioso destacar, que essa constatação sobre a existência de um direito ao mínimo para uma existência digna e a sua prevalência sobre os demais argumentos econômicos, se dá pelos fundamentos e pressupostos espostos nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e não porque há um tratamento articulado e próprio sobre a matéria. Pelo contrário, a maior parte das decisões, ao afirmar a prevalência do direito à vida e à dignidade humana sobre os argumentos de escassez de recursos ou da reserva do possível ainda é de certo modo carente de maior fundamentação⁴⁵⁸.

Nesse panorama dos julgados citados e analisados ao longo desta pesquisa verifica-se a delimitação de alguns pontos importantes para a caracterização do direito ao mínimo existencial, mas sem necessariamente ser esta a questão principal a ser

⁴⁵⁷ WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit.

⁴⁵⁸ Na linha o estudo de Eurico Bitencourt Neto: “Há várias decisões que, se não tratam diretamente do direito ao mínimo existencial, contêm fragmentos de seu reconhecimento. Assim é, por exemplo, quando se afirma que a liberdade de conformação do legislador e de atuação do Poder Executivo não autorizam, no campo da realização de direitos econômicos, sociais e culturais, inércia estatal que afete ‘o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo’, o que justifica a intervenção judicial para ‘viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado’”. (BITENCOURT NETO, Eurico. Op. cit., p. 96-97). Com uma visão mais crítica, Ricardo Lobo Torres chega a afirmar que o Supremo Tribunal Federal “não tem dispensado atenção ao problema do mínimo existencial, a não ser incidentalmente”. (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito...** Op. cit., p. 71)

enfrentada no julgamento. Assim, por meio de “decisões maximalistas⁴⁵⁹”, o Supremo Tribunal Federal profere decisões de cunho doutrinário, generalizando a análise do problema do mínimo existencial e do direito à saúde, que poderá servir de embasamento para a solução de casos futuros.

3.2 ALGUNS PARÂMETROS PARA LIMITAR A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE.

Apesar de alguns posicionamentos contrários, constatou-se que hodiernamente não há como se afastar a possibilidade do Judiciário atuar na concretização do direito à saúde e, por consequência, na implementação de políticas públicas. Assim, com o intuito de racionalizar essa atuação, a doutrina e, reflexamente, a jurisprudência, sugerem a criação de certos parâmetros ou critérios que devem ser adotados, com o intuito de fugir do voluntarismo, da supervalorização do papel do Judiciário e da desorganização da estrutura das funções dos Poderes, bem como visando dar maior fundamento às decisões concessivas de certos direitos.

Essa necessidade de motivação das decisões concessivas de determinados direitos prestacionais e que envolvem o controle das escolhas públicas, em razão dos escassos recursos, representa justamente “uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra⁴⁶⁰”. É que, partindo da premissa de que o direito à saúde não pode receber o tratamento de direito absoluto, diante da limitação dos recursos, há nos casos concretos a necessidade de se fazer escolhas trágicas, cabendo ao Judiciário analisar os critérios adotados pelos Poderes Públicos, ponderando entre a essencialidade da pretensão (ligada ao mínimo existencial) e a excepcionalidade do caso concreto, justificando ou não a escolha estatal, respeitando sempre a universalidade e a isonomia. Devendo ser observado, outrossim, a diferença de tratamento das demandas individuais e coletivas⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Como classifica Ricardo Lobo Torres. (Ibidem, p. 72)

⁴⁶⁰ AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 17.

⁴⁶¹ Gustavo Amaral ao tratar da questão da concretização pelo Judiciário de direitos sociais, como o direito à saúde, assevera a necessidade dos julgadores observarem questões de micro e

É que, a princípio nas demandas individuais (mais comumente encontradas no Judiciário) a decisão é específica para aquele determinado caso concreto, em outras palavras, é circunstancial, pois respeita “a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial⁴⁶²”. Portanto, tal decisão sobre direito individual não pode ser estendida para todos os casos correlatos, devendo ser mantida certa flexibilização para o futuro, pois no campo da medicina e dos tratamentos médicos há sempre inovações, isto é, constantemente mudam as possibilidades e o alcance dos conhecimentos. De outro turno, no caso das demandas coletivas, o Judiciário tem maior liberdade de atuação, visando um “amplo controle social dos critérios e procedimentos de alocação de recursos⁴⁶³”, motivo pelo qual, as decisões visam generalizar certo atendimento, tratamento ou bem a um determinado grupo de pessoas que se encontrem em uma mesma situação.

Por estas razões, importante analisar e destacar a existência de fundamentação adequada e de critérios para o atendimento ou não de demandas prestacionais e em qual medida, uma vez que se está diante de um cenário complexo de limitação dos recursos públicos e ilimitadas necessidades humanas. Pois, como destaca Clèmerson Merlin Clève, não obstante o fato de um Judiciário ativo ser condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais, “(...) cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (conseqüente e

macrojustiça, pois uma decisão individualmente considerada pode não afetar a questão orçamentária, mas em um contexto geral, somadas todas e as inúmeras decisões que se proliferam nacionalmente o aspecto econômico-financeiro pode ficar comprometido. Assim, quando se depara com demandas individuais, o Judiciário deve controlar o discurso, controlar as condutas adotadas por aqueles que ocupam as funções executivas ou legislativa. Pois, “não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Cabe-lhe, isto sim, projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para as suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”. (Ibidem,p. 115)

⁴⁶² Ibidem, p. 116

⁴⁶³ Idem.

responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento)⁴⁶⁴”.

Sendo assim, apenas para citar, podem ser considerados alguns desses critérios, a partir do que foi encontrado nesta pesquisa: a valorização das ações coletivas e não só a proteção individual do direito à saúde; a universalização do acesso à saúde conforme previsto na lei do SUS, já que as medidas adotadas devem atender ao maior número de pessoas possível; a integralidade da assistência; a necessidade de demonstração de incapacidade financeira do requerente da medida judicial, para o caso de demandas envolvendo o fornecimento de tratamento pelo Estado e, por outro lado, a comprovação objetiva da ausência de recursos estatais, quando o Estado se negar a prestar o direito com base na cláusula da reserva do possível; e, a exigência de perícias e laudos técnicos para adoção das medidas mais adequadas. Tudo isso para que o processo de concessão de direitos às pessoas não seja irracional e sem fundamentos.

Justamente visando tecer críticas à uma judicialização excessiva, no caso específico do direito à saúde e do fornecimento de medicamentos, que Luís Roberto Barroso propõe a adoção de alguns parâmetros como forma de racionalizar e uniformizar a atuação judicial, tanto em ações individuais quanto coletivas, retomando a ideia de distinções. Nas demandas individuais, o parâmetro da concessão deve ser efetivar o fornecimento dos medicamentos constantes das listas (básica e excepcional) elaboradas pelos entes federativos, de acordo com as opções feitas pelos Poderes Públicos, conforme sua disponibilidade financeira. É que, assim é possível garantir a universalização das prestações e a isonomia no atendimento dos cidadãos⁴⁶⁵.

Agindo de outro modo, o Judiciário ao fornecer medicamentos fora das listas, por intermédio de decisões casuísticas, que desconsideram as políticas públicas desenvolvidas pelo Executivo e as leis orçamentária criadas pelo Legislativo, acaba desorganizando a atuação administrativa e não atendendo os critérios técnicos-

⁴⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v.1, n. 3, p. 291-300, 2003. p. 297.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta..., Op. cit., p. 897

científicos, na linha do que assevera a Ministra Ellen Graice, do Supremo Tribunal Federal:

(...) a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas⁴⁶⁶.

Já no âmbito das ações coletivas, admite-se discutir a alteração dessas listas de medicamentos, sendo que “o Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento⁴⁶⁷”. Isso porque, as ações coletivas permitem um exame mais amplo das políticas públicas, obtendo-se informações mais reais sobre as necessidades e as quantidades de recursos para supri-las; leva em consideração aspectos de macro-justiça; e, suas decisões surtem efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade na prestação da assistência à saúde de toda a população.

Dessa maneira, apenas os medicamentos de eficácia comprovada poderiam ser concedidos pelo Judiciário, afastando-se os experimentais e alternativos; tais medicamentos devem estar disponíveis no mercado nacional, serem o de menor custo, como o genérico e, ainda serem indispensáveis para a preservação da vida, já que um

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3073 – RN. Relatora: Ministra Ellen Graice. Diário da Justiça: 14.02.2007.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta..., Op. cit., p. 899.

medicamento vital deve ter preferência sobre aquele que proporciona apenas melhora na qualidade de vida⁴⁶⁸.

Nessa perspectiva, basicamente o que está em xeque é a esfera individual e a coletiva ao direito à saúde, encontrando-se, de uma lado, o indivíduo pretendendo à proteção do seu direito à vida, a preservação de sua dignidade e a garantia do direito ao menos de um mínimo existencial⁴⁶⁹ e, de outro, o direito de todos os outros cidadãos, a um tratamento isonômico, de maneira que a prestação à saúde seja universal ao maior número de pessoa e com o máximo de qualidade possível, diante das limitações recursais impostas aos poderes públicos.

Todavia, neste complexo embate, não há como se estabelecer *a priori*, na esfera das pretensões individuais, o critério do fornecimento, única e exclusivamente, daqueles medicamentos que se encontrem na lista de dispensação básica e excepcional do SUS, pois isso seria limitar de antemão o direito ao mínimo para uma existência digna, colocando em risco o próprio direito à vida. Assim, esta lista elaborada pelos órgãos públicos deve ser entendida como o mínimo que os poderes públicos devem efetivar em matéria de fornecimento de medicamentos, independentemente de qualquer medida judicial. De outro modo, sendo a pretensão individual à algum destes medicamentos já incluídos nas tais listas, outra não pode ser a decisão judicial, senão o pronto fornecimento pelos poderes públicos àqueles que demonstrarem não possuírem capacidade econômica de adquiri-lo.

Contudo é evidentemente que, são os casos mais difíceis, sem previsão legislativa e não acobertados pelos atos administrativos, que chegam e chegarão às portas do Judiciário, não havendo como tal instituição se imiscuir da sua função de garantir a força das normas Constitucionais, implementando os direitos sociais, quando os originariamente legitimados forem omissos ou ineficientes em seu mister. Devendo o Judiciário, nesses casos, agir com maior parcimônia e racionalidade, podendo levar

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 900-902.

⁴⁶⁹ Na forma como foi sustentado e estruturado no primeiro capítulo desta pesquisa, o conteúdo do direito ao mínimo existencial (direito autônomo) é aberto, não definido a priori, mas dependente da análise do caso concreto, estando certo de que compreende, em certa medida, o conteúdo de alguns direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

em consideração questões como: a comprovação da eficiência do tratamento pleiteado, sua disponibilidade no mercado, a razoabilidade do seu custo, os benefícios para o paciente, o nível de risco para o paciente caso a medida não seja concedida, o grau de essencialidade do tratamento pleiteado, dentre outros.

Assim, visando alcançar a racionalidade da atividade judiciária de implementação dos direitos sociais, para haver progresso social, Cláudio Pereira de Souza Neto destaca a existência de parâmetros materiais e procedimentais que serviriam para reduzir o ônus argumentativo do magistrado, referentes aos direitos previstos genericamente na Constituição.

Nessa ordem de ideias, dentro dos critérios materiais, propugna, primeiramente, que, “a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)⁴⁷⁰”. Trata-se da superação do mínimo existencial pela garantia das condições necessárias para um razoável projeto de vida.

Ainda dentro desta perspectiva, afirma a necessidade de comprovação da hipossuficiência do titular do direito social prestacional, de maneira que se arcasse com os custos com esse direito, comprometeria a garantia de outras necessidades básicas⁴⁷¹; também destaca a universalização da garantia do direito pois, “Os direitos sociais só são juridicamente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas⁴⁷²”. Ainda, exige que os direitos sociais sejam concebidos como unidade, primando-se pela garantia de uma vida digna; devendo prevalecer a solução técnica apresentada pela Administração, no curso da ação e não a vontade individual do demandante e, caso

⁴⁷⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade..., Op. cit., p. 535

⁴⁷¹ Ibidem, p. 539-540.

⁴⁷² Ibidem, p. 541.

existam mais de uma solução eficaz e adequada, o magistrado deverá optar pela menos onerosa. E, por fim, apresenta a variação da intensidade do controle conforme o maior ou menor grau de investimento, pela Administração, nos direitos sociais⁴⁷³.

De outro turno, quanto aos parâmetros processuais a serem observados pelo Judiciário destaca-se: a) a priorização dos instrumentos coletivos que, garante a universalização da prestação, não desestrutura a Administração Pública, viabiliza a observância dos aspectos técnicos, estimula a mobilização social e leva em consideração o impacto da política no orçamento; b) a legitimidade de ações individuais apenas nas hipóteses de dano irreversível ou quando o administrador deixa de observar a lei ou deixa de entregar prestações contidas no seu programa; c) o ônus da prova da incapacidade financeira ser atribuída à Administração; e, d) a ampliação do diálogo entre as instituições⁴⁷⁴.

Nessa perspectiva, destaca-se a pesquisa quantitativa e qualitativa à respeito das decisões judiciais envolvendo o direito à saúde, desenvolvida por Florian F. Hoffmann e Fernando R. N. M. Bentes, a qual revela que, são as demandas individuais por fornecimento de medicamentos e acesso a tratamentos médicos as que mais tem ocorrido⁴⁷⁵. Assim, além da preocupação da Administração Pública com a limitação de recursos para cumprir as decisões, as maiores críticas dirigidas à concessão individual do direito à saúde pelo Judiciário, estão relacionadas com a falta de critérios, fundamentos, para analisar os pedidos, pois identificou-se que muitas das decisões não levaram em conta sequer a fundamentação do pedido médico, não submetendo tais pedidos a perícia⁴⁷⁶. Dependendo-se daí a necessidade de maior fundamentação das

⁴⁷³ Ibidem, p. 541- 543.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 546

⁴⁷⁵ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 396. No sentido crítico de que a quase totalidade das ações julgadas na Corte Constitucional envolvem demandas individuais, é também a conclusão que chega Daniel Wei Liang Wang, após pesquisa quantitativa e qualitativa sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. (WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit.)

⁴⁷⁶ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. Op. cit., 396.

decisões, além de outro importante critério a ser observado, qual seja, a realização obrigatória e célere de perícias ou auditorias para fornecimento de medicamentos fora da lista estabelecida pelos entes federativos ou de tratamentos não abarcados no sistema público de saúde, para se ter real noção do impacto das decisões no orçamento público. Ainda, importante destacar a necessidade de desenvolvimento de mecanismos gestão ligados ao judiciário, com banco de dados que pudessem aferir o comprometimento dos recursos destinados à saúde coletiva com a satisfação das demandas individuais.

Deste modo, superando decisões baseadas apenas em argumentos formais, com adoção de um julgamento substantivo do mérito de cada caso concreto, onde a ponderação dos interesses em jogo é levada à sério, assim como a defesa do mínimo existencial e as limitações decorrentes da escassez dos recursos, aflorará a necessidade de valorização dos interesses coletivos, com o intuito de se universalizar o atendimento às necessidades básicas para uma existência digna, sem haver prejuízo da proteção individual, dando-se maior destaque para as razões do julgamento, bem como para a análise econômica do direito e o uso racional dos recursos públicos, diante do conflito de interesses em jogo.

Não há como se defender judicialmente um direito à qualquer custo, motivo pelo qual as decisões judiciais devem ser mais complexas, mais fundamentadas, considerar o impacto econômico que tem e todos os outros fatores que estão envolvidos. É que, por traz da problemática alocação dos recursos da saúde está o conflito entre o direito a vida de um requerente, contra o direito à vida de uma coletividade⁴⁷⁷. Ademais, muitas vezes o problema não é só de escassez de recursos financeiros, mas a falta de especialistas, equipamentos, instalações adequadas, etc., que não podem ser resolvidas à curto prazo. Além disso, o custo de um tratamento específico, unitariamente, pode ser baixo, mas quando universalizado, para beneficiar uma ampla população, se torne inviável. Enfim, o que exigiria um juiz senhor do seu tempo, cauteloso, disposto a ponderar todos os elementos significativos envolvidos na

⁴⁷⁷ AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 171.

causa, não podendo descuidar das opções legislativas e das escolhas técnicas e políticas do Executivo⁴⁷⁸.

É nesse sentido que parece caminhar o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com uma grande quantidade de recursos envolvendo a implementação pela via judicial do direito à saúde. O que levou aquela Corte, em 03 de dezembro de 2007, a reconhecer a repercussão geral sobre a obrigação do poder público fornecer medicamento de alto custo⁴⁷⁹, convocando Audiência Pública⁴⁸⁰ para discussão e esclarecimento de questões técnicas, científicas, políticas, administrativas e econômicas envolvidas na matéria, com profissionais especializados de diversas áreas.

Tais debates vem produzindo reflexos importantes para as decisões daquela Corte, que, de maneira inédita, consignou que o âmbito de divergência sobre a efetivação do direito à saúde está relacionado com a necessidade de “compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’⁴⁸¹”. Porquanto, partindo da premissa de que tanto os direitos sociais quanto os direitos e liberdades individuais exigem o emprego de recursos públicos e, ainda, que no caso dos direitos sociais, que as prestações devidas pelo Estado devem variar de acordo com a condição de cada cidadão (em razão de suas necessidades individuais), concluiu-se pela adoção de certos critérios de distribuição desses escassos recursos⁴⁸².

Consoante tal entendimento, é da constatação da insuficiência dos recursos públicos para satisfazer todos os direitos sociais que se extrai a necessidade de se fazer escolhas alocativas com base em critérios de justiça distributiva, levando em conta não

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 172

⁴⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 566.471/RN, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União: 07.12.2007. (Pendente de decisão final, tendo sido, neste ato, reconhecida apenas a repercussão geral).

⁴⁸⁰ Tais audiências ocorreram em meados de 2009, conforme explicado na nota de n. 73. Veja-se que não só o Recurso Extraordinário 566.471 do Rio Grande do Norte deu ensejo à realização de tal Audiência, mas também, e em especial, pelo grande número de pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada, Liminares e de Segurança, que chegavam ao Presidente daquela Corte.

⁴⁸¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça eletrônico: 28.09.2009. (Em apenso Suspensão de Tutela Antecipada 178).

⁴⁸² Idem.

apenas as condições específicas do caso concreto (microjustiça), mas também os critérios de macrojustiça. Assim, as soluções para os casos devem estar pautadas em juízos de ponderação sobre todas as dimensões que envolvem os direitos sociais, em especial a relação conflituosa entre o direito individual e os bens coletivos.

Em apertada síntese, referido julgado pode ser considerado um marco para a solução dos conflitos envolvendo a prestação do direito à saúde, pois firmou entendimento e apresentou fundamentos sólidos, com base nos limites e possibilidades do texto constitucional, dentre eles: a) a existência da dupla dimensão do direito à saúde (individual e coletiva), reafirmando o entendimento daquela Corte, de que o artigo 196 da CF/88 não é norma programática; b) consolidou a necessidade de políticas sociais e econômicas para assegurar esse direito, pois não se trata de um direito absoluto a todo e qualquer procedimento para a proteção, promoção e recuperação da saúde, pelo contrário, é direito *prima facie* do indivíduo, condicionado ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde; c) assenta o dever de desenvolvimento de políticas públicas visando tanto a redução de doenças quanto a promoção, proteção e recuperação da saúde, como uma responsabilidade solidária dos entes da federação, o que lhes confere a condição de legitimados passivos nas ações judiciais; d) destaca que a proteção da saúde não envolve apenas o tratamento de doenças, mas também uma valorização das ações preventivas; e) aponta para uma proteção da universalidade e da isonomia no acesso aos serviços públicos de saúde; e, f) demonstra uma maior preocupação com a execução administrativa das políticas públicas pelos entes federados, pois identificou-se que no Brasil o problema não é tanto de “interferência do Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes⁴⁸³”.

⁴⁸³ Idem.

Fixados tais entendimentos, a primeira preocupação ou critério a ser considerado pelos julgadores, no entendimento do precedente⁴⁸⁴ do Ministro Gilmar Mendes, é a existência ou não de políticas públicas que atenda a prestação de saúde pleiteada. Em caso positivo, a atuação jurisdicional será apenas para reconhecer a existência de um direito público subjetivo à uma determinada política pública. Porém, no caso da prestação não estar incluída, necessária a distinção da motivação da não prestação, se decorrente: a) de omissão legislativa ou administrativa; b) de decisão administrativa de não fornecer; ou c) de vedação legal do fornecimento⁴⁸⁵.

Destarte, quando for o caso de vedação legal do fornecimento, como no caso de proibição da Administração Pública fornecer medicamentos sem registro na ANVISA (arts. 12 e 16 da Lei 6360/76), o Judiciário não poderá concedê-lo pois trata-se de uma garantia para a saúde pública. É que, por meio deste procedimento atesta-se a segurança e o benefício do produto para o organismo dos pacientes, sendo tal requisito, em geral, também indispensável para fazer constar um medicamento na lista daqueles fornecidos pelo SUS.

De outro turno, no que se tange à existência de motivação para o não fornecimento de uma prestação de saúde, como a falta de comprovação científica da eficiência de um tratamento, deve-se considerar que o SUS segue a linha da “medicina baseada em evidências”. Porquanto, um tratamento ou medicamento deve estar de acordo com os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas, não devendo contrariar o consenso científico vigente. Não havendo razões para não se privilegiar os

⁴⁸⁴ Observa-se que na mesma linha do que foi decidido na decisão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 e 178, ora em comento, encontramos outras decisões da lavra do próprio Ministro Gilmar Mendes, podendo citar: as Suspensões de Tutela Antecipada 211 e 278; a Suspensão de Liminar 47 e as Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355. Essa preponderância de decisões do Eminentíssimo Ministro se deve ao fato de ser ele o Presidente, em exercício, do STF e tais recursos lhe serem encaminhados para julgamento monocrático. Entretanto, como consta de observação feita no julgamento da Suspensão de Segurança 3989/PI, na data de 17.03.2010 o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade de votos, nove agravos regimentais contra decisões do Presidente (dentre elas: STA-AgR 175 - apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; SL-AgR 47; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355), para manter decisões que ordenavam o Poder Público a fornecer remédios de alto custo ou tratamentos médicos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, reforçando o posicionamento adotado na Suspensão de Tutela Antecipada 175. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Segurança 3989/PI, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça eletrônico: 15.04.2010).

⁴⁸⁵ Idem.

tratamentos previstos e fornecidos pelo SUS, em detrimento de opções escolhidas pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficiência das políticas existentes. No entanto, não se exclui a possibilidade do Judiciário poder reconhecer que, por razões do organismo individual, o tratamento fornecido não é eficaz e, por consequência, conceder outra medida excepcional.

Por fim, quando não houver a previsão do tratamento, exige-se a diferenciação entre os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos já utilizados na rede privada, mas não testados no SUS. Os primeiros, por não terem a comprovação científica de sua eficácia não podem ensejar condenação de fornecimento pelo Estado. Os segundos, por sua vez, devem representar cautela para o julgador, pois os avanços médicos são muito mais rápidos do que a burocracia administrativa consegue acompanhar. Portanto, pode dar ensejo à demandas individuais ou coletivas, as quais requerem ampla dilação probatória, sem que isso represente violação ao princípio da integralidade do SUS, pois nada justifica que tratamentos consolidados na iniciativa privada não chegue ao maior número de pessoas possível, no sistema público.

Depreende-se dessa análise, além de importantes avanços no entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde, afastando a oposição da reserva do possível ao mínimo existencial, uma maior preocupação com a fundamentação desse direito tão complexo. Afirmando-se, pela primeira vez, que em virtude da escassez de recursos públicos é preciso que as decisões judiciais se atenham a certos critérios, pois o direito subjetivo público à saúde é um direito *prima facie*, não absoluto, dependendo da ponderação, em cada caso concreto, dos critérios de micro e de macrojustiça, para que não haja lesão ou prejuízo para o direito à vida e à dignidade humana, nem se suprima a noção de universalidade e isonomia que regem o exercício deste direito.

3.3 SEDIMENTANDO A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

Na vigência da Constituição brasileira de 1988, houve uma confluência dos julgados dos juizes singulares, de alguns dos principais tribunais estaduais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, podendo-se, disso, defluir

que o Judiciário brasileiro dá tratamento sistemático positivo ao tema da implementação dos direitos sociais, sobretudo do direito à saúde.

De fato, caso a referida efetivação somente ocorresse em nível de juízes singulares, então não se poderia falar em uma “judicialização sistemática”, como uma expressão que sintetiza o entendimento trazido nesta dissertação, representando que o isolamento de decisões – monocráticas ou singulares - jamais produziria um entendimento jurisprudencial sedimentado, como hoje existente.

Diuturnamente os órgãos colegiados brasileiros tem confirmado as decisões que concretizam, em maior ou menor medida, o direito social à saúde, tanto em nível federal quanto em nível estadual. O Superior Tribunal de Justiça tem se mostrado bom intérprete da legislação sobre direitos sociais⁴⁸⁶, no âmbito de atuação que lhe reserva a Carta Magna. Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal cumpre o seu papel precípua de guardião da Constituição⁴⁸⁷, não agindo de modo diferente as Cortes máximas estaduais.

Veja-se que, com as interligações propiciadas pelos posicionamentos dos órgãos colegiados aqui mencionados, as decisões monocráticas (em primeiro grau de jurisdição) são confirmadas e os juízes que as proferem se veem em estado de segurança para, nos casos concretos que lhes são encaminhados, assegurarem o direito social à saúde; ao final e ao cabo, a “judicialização sistemática” de que aqui se trata nada mais é do que a petrificação do princípio constitucional da segurança jurídica (cf. artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

⁴⁸⁶ Vide a título de exemplo as decisões do Superior Tribunal de Justiça em relação ao direito à saúde (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.041.197 – MS. Relator: Ministro Humberto Martins. Diário da Justiça eletrônico: 16.09.2009) e ao direito à educação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.185.474 – SC. Relator: Ministro Humberto Martins. Diário da Justiça eletrônico: 29.04.2010), reconhecendo que no cerne das discussões está “a possibilidade de efetivação, por meio de determinação judicial, de direitos fundamentais que implicam dispêndio de altos custos orçamentários”. (Idem). Este julgado é paradigmático, pois efetua cuidadosa conceituação da reserva do possível, da liberdade de conformação do administrador público, do mínimo existencial e da nova perspectiva do Poder Judiciário, que deve atuar excepcionalmente quando as prioridades estabelecidas na Constituição, essenciais para a dignidade humana, estejam sendo preteridas por programas governamentais irrelevantes ou mesmo por ausência destes. Sendo assim, somente em situações limítrofes, em que há real insuficiência de recursos, o Poder Judiciário não poderia se imiscuir.

⁴⁸⁷ Como visto na extensa análise jurisprudencial do item 3.1.

Não tanto do princípio da segurança jurídica em seu sentido objetivo, envolvendo os limites à retroatividade dos atos do Estado ou até mesmo dos atos legislativos, com a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Mas, em sua vertente subjetiva, relacionando-se com a proteção à confiança das pessoas, no que tange aos atos, procedimentos e condutas do Estado e da Administração Pública, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Com efeito, tanto o princípio da segurança jurídica - como garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito -, quanto o princípio da confiança - no sentido da “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos” -, são responsáveis por constituir o Estado de Direito⁴⁸⁸. É que, se no passado legalista a segurança jurídica estava relacionada com a certeza do direito posto, portanto, um fim; hoje, o Estado Democrático de Direito exige mais, deve ter sua razão na segurança jurídica, como um meio, pois o “Estado de Direito deve ser constituído dentro do Estado de segurança⁴⁸⁹”.

Porquanto, o princípio da segurança jurídica está intimamente ligado com os direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, no sentido de se ter um direito concreto, efetivo. Assim, por meio dele se “deve conceder aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo no direito, a certeza das consequências dos atos praticados⁴⁹⁰”. Atua a segurança jurídica, deste modo, como uma das bases da ordem jurídica e verdadeira proteção de confiança do cidadão no Estado e na Administração Pública, incluindo-se aí os atos judiciais de tutela do direito à saúde.

De outro modo, se não se considere o direito à saúde como um direito imediatamente fruível pelos indivíduos e judicialmente acionável, gera-se-ia descrédito e insegurança dos cidadãos no texto constitucional e no próprio Estado

⁴⁸⁸ Nesse sentido, J. J. Gomes Canotilho. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 256)

⁴⁸⁹ TORRES, Heleno Taveira. **Tributação e Intervenção do Estado na atividade econômica**. Palestra proferida no IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 20. 05.2010.

⁴⁹⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.) **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008. p. 03

Democrático de Direito, motivo pelo qual o Judiciário é o garantidor da segurança jurídica. Consequentemente, assim agindo há maior credibilidade nas instituições públicas, no Estado e nos governantes, além de fortalecer a organização social com a inserção no inconsciente coletivo de que todos fazem parte do Estado, como sujeitos de direitos e deveres.

Sendo assim, o panorama instituído de uma judicialização sistemática afirma o princípio da segurança jurídica e, no fundo, representa uma confirmação da nova visão da separação dos poderes e da legitimidade do Judiciário poder atuar como controlador das omissões e insuficiências desarrazoadas dos poderes públicos, em especial quando em jogo a efetividade do direito social à saúde e a preservação da dignidade da pessoa humana, garantindo-se, deste modo, aos cidadãos certa confiança de que os direitos contidos no texto constitucional serão concretizados por meio de um Poder Judiciário ativo.

Essa postura ativista e progressista do Judiciário fica ainda mais nítida ao se tomar conhecimento da Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁹¹, editada com o intuito dos Tribunais adotarem medidas “(...) visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” e da Resolução n. 107 de 06 de abril de 2010, que “Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde”.

Tais documentos demonstram a grande preocupação do Judiciário em tornar concreto o direito à saúde e são consequências das audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal, ocorridas em meados de 2009, oportunidade em que foram debatidos os pontos mais divergentes que envolvem a questão da implementação judicial do direito à saúde como: (i) o acesso a prestações de saúde; (ii) a responsabilidade dos agentes da federação; (iii) a gestão do SUS; (iv) a ANVISA e os medicamentos; (v) as políticas públicas e a integralidade do sistema; e, (vi) a assistência farmacêutica do SUS.

⁴⁹¹ Informações colhidas do site oficial do Conselho Nacional de Justiça: <<http://www.cnj.jus.br>>.

Destarte, tendo em conta o grande número de demandas que chegam ao Judiciário e o representativo gasto dos recursos públicos com o cumprimento das decisões; o envolvimento do direito à vida digna; a falta de informações técnicas que são fornecidas aos magistrados em relação aos problemas de saúde enfrentados pelos pacientes, autores das demandas; a autorização prévia da ANVISA para utilização de medicamentos e tratamentos; a necessidade de oitiva dos gestores públicos, privilegiando a sua capacidade de gestão e a necessidade de adoção das políticas públicas estabelecidas para manutenção da organização do Sistema Único de Saúde; e, visando assegurar a sustentabilidade e o gerenciamento do SUS; que o Conselho Nacional de Justiça recomenda à todos os Tribunais, federais e estaduais, em todas as suas instâncias, uma série de medidas para auxiliar os magistrados quando exigida a implementação do direito social à saúde, visando tornar real o dispositivo constitucional dos artigos 6º e 196.

Porquanto lhes seja imperiosa a proteção da força normativa da Constituição e a atribuição de máxima efetividade possível às normas constitucionais, os magistrados devem se ater a todas as particularidades dos casos concretos, adotando mecanismos e certos critérios racionalizadores, como: (i) o apoio técnico de profissionais médicos e farmacêuticos, a fim de compreender as particularidades clínicas do demandante; (ii) instrução do processo com relatórios médicos, descrição da doença e prescrição médica com base no princípio ativo; (iii) não concessão de medicamentos não autorizados pela ANVISA ou em fase experimental; (iv) oitiva dos gestores públicos mesmo nas medidas de urgência; (v) promoção de sua própria capacitação profissional sobre o funcionamento do sistema público de saúde.

Assim, à guisa do que vem sendo proposto pela doutrina, a efetividade dos direitos sociais pela via judicial não pode ocorrer de modo discricionário, irracional, no sentido de conceder tudo o que se pede indiscriminadamente a todos⁴⁹², pois o

⁴⁹² Considerando que os recursos são limitados ao passo que as necessidades humanas são infinitas, o Procurador Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, destaca que não há como se conceder tudo a todos. Assim, existem alguns fatores que corroboram para potencializar o subfinanciamento da saúde pública, como “alguns entes da federação não cumprirem a aplicação do mínimo de recursos previstos da EC n 29 e da ineficiência dos mecanismos de controle sobre a aplicação dos recursos federais repassados aos gestores(...)”. (SOUZA, Antonio Fernando Barros e

direito à saúde não é um direito absoluto, envolvendo particularidades econômicas (como a universalização das medidas concedidas e o tratamento isonômico dos cidadãos), orçamentárias (escassez de recursos frente a ilimitadas necessidades humanas), dentre outras, as que exigem ponderação dos interesses colidentes (princípio da proporcionalidade) e fundamentação criteriosa, como aquelas sugeridas pelo Conselho Nacional de Justiça e aquelas elencadas anteriormente⁴⁹³.

Com efeito, essas tentativas demonstram a complexidade do tema e evidentemente não exaurem por si sós o problema da falta de efetividade do direito à saúde, pois a análise deve ser específica para cada caso, conforme o pedido individual de prestação de bens ou serviços de saúde, já que não podem existir respostas predeterminadas para todas as hipóteses casuísticas possíveis, o que não afasta a necessidade de enfrentamento do problema da efetividade pelo âmbito coletivo, pois, a valorização dessa via talvez seja uma das principais alternativas para solucioná-lo⁴⁹⁴, já que nelas o julgador pode levar em consideração critérios de macrojustiça, universalizando de modo progressivo as prestações de saúde, conferindo tratamento mais isonômico aos cidadãos. Entretanto, não se está a pregar a supressão da via individual, pois além dela não implicar automaticamente em prejuízo à dimensão social e coletiva da saúde⁴⁹⁵; também nos casos diferenciados, não há como se tratar com igualdade o desigual⁴⁹⁶.

Silva de. **Considerações apresentadas na Audiência Pública de n. 4 no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf>. Acesso em: 27.05.2010).

⁴⁹³ Vide item 3.2, que trata dos parâmetros da efetivação judicial do direito à saúde.

⁴⁹⁴ Nesse sentido, o artigo de Clèmerson Merlin Cleve é uns dos pioneiros a tratar da necessidade de valorização das ações coletivas. (CLEVÈ, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 296).

⁴⁹⁵ SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. Op. cit.

⁴⁹⁶ Sobre esta contraposição entre a universalização das prestações de saúde e a ideia de tratamento igualitário a todos os cidadãos, no caso de fornecimento de tratamentos raros e custosos pelo Estado, esclarece Flávio Pansieri que o fundamento para a sua concessão está no próprio tratamento universal e igualitário, pois “(...) quando se diz tratamento universal e igualitário, por certo não está aqui a se excluir aqueles indivíduos que possuem doenças raras. Aqui se está a possibilitar a todos a possibilidade de cura de sua doença. E, por certo, como raros, a ideia de igualdade permite a esses um tratamento diferenciado por serem exatamente diferentes dos demais a que se aplicariam às

Ademais, não se pode olvidar da necessária valorização dos instrumentos de democracia participativa⁴⁹⁷, em que os cidadãos são chamados a participar e influir nas escolhas públicas, pois assim fazendo, o indivíduo encontrará a sua disposição aqueles tratamentos e medicamentos, bens e serviços de saúde que foram identificados, em momento anterior, como essenciais e mais consentâneos com a realidade social. Permitindo que os cidadãos participem da construção da vida do Estado e os torna parte na construção de uma Constituição real. Sendo assim, somente com uma democracia participativa fortalecida se poderá fazer com que o Judiciário se atenha à análise dos casos mais difíceis. Mas, até se chegar a este estágio de desenvolvimento social, ainda incumbe ao Judiciário harmonizar a vontade da maioria com a defesa dos direitos das minorias, edificando uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, para que haja uma diminuição substancial das demandas “simples” envolvendo a implementação do direito à saúde e que geram imensos impactos na estrutura administrativa, há que se ressaltar que, se tratando de demanda requerendo a execução de políticas públicas de saúde já instituída, esta pode ser em grande número evitada diante da conscientização dos entes públicos de que o que consta das listas e programas governamentais e, prescrito ao paciente por médico conveniado ao SUS, deve ser fornecido na esfera administrativa, independente de medida judicial. Concentrando-se os esforços da ponderação judicial para aqueles casos denominados

condutas básicas previamente disciplinadas nos serviços públicos de saúde”. (PANSIERI, Flávio. **Considerações apresentadas na Audiência Pública de n. 4 no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere__membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf>. Acesso em: 27.05.2010).

⁴⁹⁷ Sobre o direito e dever de participação política, Dalmo de Abreu Dallari assevera que, trata-se de “(...)duas faces da mesma realidade: a natureza associativa do ser humano. Tendo a necessidade de viver com os semelhantes, cada indivíduo deve ter assegurados o direito de influir no estabelecimento das regras de convivência, pois sendo todos iguais por natureza não é justo que só alguns tomem as decisões que os outros ficarão obrigados a cumprir. Por outro lado, para que cada um tenha respeitados seus direitos e sua dignidade é preciso que ninguém fique indiferente, passivo, sem procurar influir na decisão dos assuntos de interesse comum. Todo ser humano tem o dever de participação política, para que a ordem social não seja apenas a expressão da vontade e dos interesses de alguns”. Assim, não pode a democracia participativa reduzir-se a mera participação eleitoral. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política?** Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 38)

“mais difíceis”, onde não há política pública prevista ou a política existente não engloba as particularidades do requerente.

Veja-se que nestes dois últimos casos, havendo maior preocupação com a periódica revisão das listas e procedimentos cobertos pelo sistema público de saúde, adaptando-as de acordo com as constantes inovações médicas, científicas, testadas e com comprovada eficiência, também há uma atenuação das avalanches de processos .

Ao fundo, identifica-se a necessidade do desenvolvimento de organização orçamentária e de mecanismos eficientes de gestão dos recursos públicos, não para dificultar ou negar o acesso dos cidadãos ao exercício do seu direito, mas para que haja uma divisão adequada das tarefas, evitando duplicação de esforços e desperdício de recursos públicos⁴⁹⁸. Pois, o próprio dispositivo constitucional do artigo 198 impõe a criação de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, com gestão compartilhada entre os entes da federação.

⁴⁹⁸ Essa é a tônica que marcou o discurso de vários especialistas nas Audiências Públicas sobre o direito à saúde, pois a princípio a Lei 8080/90 e as disposições constitucionais parecem estabelecer bem o âmbito de atuação dos gestores públicos, em nível federal, estadual e municipal, mas não é bem isso o que ocorre. É que, no Brasil, a saúde pública encontra-se subfinanciada, não atingindo 8% do PIB, enquanto a média dos outros países é superior a 10%. O gasto per capita fica 100 vezes menor do que nos demais países. Não é outro o quadro dos municípios: “Em 2006, o gasto municipal com saúde foi R\$ 6 bilhões, ou 30% a mais que o mínimo constitucional exigido de 15%. Em 2007, pelo SIOPS do Ministério da Saúde, os municípios tiveram um investimento de R\$ 25,8 bilhões, representando 27% do gasto total em saúde, quando ficam apenas com 16% do bolo tributário da arrecadação. Os gastos próprios municipais com saúde tiveram um incremento de 265%, pois o gasto foi de R\$ 7,4 bilhões em 2000 e de R\$ 26 bilhões em 2007”. (NARDI, Antonio Carlos Figueiredo. **Considerações apresentadas na Audiência Pública de n. 4 no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 28.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Antonio_Carlos_Figueiredo_Nardi__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_pdf> Acesso em: 27.05.2010).

CONCLUSÕES

Houve um tempo, no Estado moderno, em que preponderava o Poder Executivo, e este foi o momento do regime absolutista que governou os Estados nacionais europeus até meados do século XVIII; era este o período em que se ouvia da boca do rei (Luís XVI) frases como “*L’État c’est moi*” e “*La Loi c’est moi*” (o Estado sou eu) e (a lei sou eu).

Com a derrubada da Monarquia Absoluta europeia ocorrida com o advento da Revolução Francesa, foi virada a página do “soberano absoluto” (Poder Executivo preponderante) e se passou a verificar a construção da realidade estatal por intermédio daquilo que Jean-Jacques Rousseau chamava de “*volonté générale*” (vontade geral), vontade esta que se expressou – então – pela boca do povo representado no Parlamento. Neste exato instante, encontrou o Estado moderno um novo momento: o da sobreposição do Poder Legislativo (produtor da lei, fruto da vontade geral) sobre os demais poderes. Esta época, além de atender aos interesses da burguesia, impulsionou uma supervalorização das normas de direito privado que eram produzidas pelo Parlamento justamente para atender aos interesses dos burgueses. Assim, de certo modo a Constituição (como “Norma Fundamental Estruturante do Estado e Proclamadora de Direitos Fundamentais”) foi posta em segundo plano. Neste tempo se produziu o Código Napoleônico.

Num terceiro momento – e é deste que trata esta dissertação -, o Poder Judiciário passou a ocupar posição de destaque. Exemplos disso são dois: (i) a criação de mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos (controle difuso) e na Europa (matriz Kelseniana); (ii) a judicialização de políticas públicas ocorrentes por conta da inércia do Poder competente – e aí se inclui a judicialização do direito à saúde.

Portanto, a presente dissertação chega a uma pré-conclusão no sentido de que, no arranjo dos três Poderes de Montesquieu, cada um viveu o seu momento de glória, sendo o atual o do Poder Judiciário. Neste sentido, por tudo o que foi exposto e desenvolvido no curso deste trabalho, podem ser extraídas as conclusões (de 1 a 21)

que seguem abaixo – todas voltadas ao reconhecimento da legitimidade da judicialização do direito à saúde para além do mínimo existencial (dentro do possível).

1. A positivação de direitos sociais na Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado o dever de garantia de um extenso rol de direitos visando a promoção da dignidade humana e do desenvolvimento do bem-estar social, garantia esta vocacionada a tornar aqueles direitos sociais, abstratamente previstos no texto constitucional, concretos, atribuindo-se ao cidadão o poder de exigí-los.

2. Todavia, o constitucionalismo brasileiro enfrenta verdadeira “crise de efetividade” em relação aos direitos sociais, isto porque, para proteger os direitos dos cidadãos, o Estado tem de garantir a liberdade individual e a igualdade material, não se podendo afastar a ideia de que, em certa medida, garantir direitos sociais representa garantir a própria condição de liberdade de desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana. Como demonstrado no capítulo inicial desta pesquisa, os direitos sociais são direitos fundamentais que possuem uma “multifuncionalidade”, apresentando uma dimensão negativa e outra positiva.

3. Portanto, na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais seguem o regime jurídico semelhante ao dos direitos individuais, conferindo posições jurídicas subjetivas aos seus titulares, diretamente deduzidas das normas constitucionais, não podendo ser tratados como meras normas programáticas, por conta da força normativa máxima da Constituição e da disposição que trata da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF/88).

4. Em que pese o reconhecimento desta garantia de o titular do direito social poder exigí-lo do Estado para proteção de sua dignidade, da liberdade e da cidadania, isso não significa que se trata de direito definitivo ou de um dever incondicional do Estado. Pelo contrário, recebem eles o tratamento de direitos *prima facie*, ou seja, são *prima facie* aqueles direitos que possuem normas estruturadas em princípios e não em regras, havendo variação na sua concretização, pois apesar de deverem ser realizados na maior medida possível, também se deve ponderar os valores envolvidos no caso concreto.

5. Partindo dessas premissas, foram aqui exploradas as complexidades envolvidas na concretização do direito à saúde, visando estabelecer uma quantificação do dever estatal, suscitando-se as discussões que envolvem o mínimo existencial. É que o Estado brasileiro está obrigado a oferecer ações e serviços de saúde que provoquem uma mudança na realidade social, garantindo o bem-estar, a qualidade de vida e promovendo a justiça social.

6. Esse dever estatal para com a saúde é *universal*, abrangendo todos os *indivíduos* e toda a *coletividade* na hora de implementar ações de recuperação, proteção e promoção de saúde, bem como na prevenção de doenças. Trata-se de um direito complexo e conceitualmente abrangente, compreendendo um *amplo bem-estar físico, mental e social* visando alcançar uma vida com qualidade, na forma preconizada pela Organização Mundial da Saúde. Tal direito, ainda, por ser norma-princípio segue a lógica da ponderação e requer o compromisso conjunto dos particulares para com a sua saúde e a saúde dos demais, num empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais.

7. Sendo assim, *a priori*, o dever de prestação estatal para com a saúde é o mais amplo e integral possível (mandado de otimização), não se excluindo qualquer medida que interfira na saúde individual e coletiva, de sorte que só nas hipóteses concretas, através da conjugação de alguns fatores como a necessidade, adequação da medida e proporção de sua concessão, poder-se-á estabelecer o seu conteúdo e a sua efetividade, pois trata-se de direito *prima facie*.

8. Observa-se, contudo, que tal posicionamento não é unívoco. Parte da doutrina pesquisada defende que tal dever estatal de aplicabilidade do direito à saúde deve restringir-se ao que denominam “mínimo existencial”, isto é, o mínimo de bens sociais necessários para a manutenção de uma existência humana digna e com qualidade, sem a qual não se poderia falar em cidadania, democracia e, muito menos, em liberdade individual.

9. Veja-se que o conceito de mínimo existencial é amplo, não se limitando de antemão e em abstrato, porquanto as necessidades humanas básicas podem variar ao longo do tempo e de acordo com cada localidade. Ademais, este mínimo não se

restringe ao que protege a vida (o vital), mas compreende a existência (é existencial), motivo pelo qual não se trata de garantir apenas o direito à vida, mas uma vida com qualidade e dignidade (não adiantaria garantir o mínimo do mínimo, mas de *ao menos este mínimo*).

10. Considere-se, outrossim, que o mínimo existencial não é sinônimo do conteúdo essencial dos direitos sociais, é um limite mínimo que necessariamente deve ser protegido e garantido aos cidadãos pelo Estado. Firma-se, portanto, como um direito autônomo, no sentido de que alguns direitos sociais (dentre eles o direito à saúde), ao menos em seus núcleos essenciais, fazem parte do conteúdo do direito ao mínimo existencial, exigindo-se sempre uma apreciação concreta para verificar o que está dentro deste conceito ou não.

11. Com efeito, apesar das inúmeras tentativas doutrinárias para delimitar o conteúdo do direito ao mínimo existencial, deve-se dar a ele a maior aplicabilidade e eficácia possível, maximizando-o no caso concreto, pois se trata de conceito aberto e amplo. E sua eventual não realização, por conta de ações ineficientes ou omissão estatal, exige consistente fundamentação dos entes públicos, não podendo ser afastado o socorro à via judicial, por estarem em jogo os valores da vida e da dignidade humana, da mesma forma que ocorre com o direito à saúde.

12. Deste modo, quando se fala em implementação judicial do direito à saúde, também se está a falar do direito ao mínimo existencial, não havendo qualquer consenso quanto ao papel do Judiciário frente às demandas que envolvem omissões e prestações ineficientes dos poderes públicos. Pois, no caso da efetivação das políticas públicas já instituídas, não resta dúvida que o papel do Judiciário é tão-somente condenar os entes públicos a cumprirem regras pré-estabelecidas.

13. Muitos são os argumentos contrários e favoráveis à efetividade do direito à saúde pelo Judiciário, no sentido de tal instituição poder atuar para que esse direito desempenhe concretamente a sua função, visando à transformação da realidade social, depreendendo-se da sistematização apresentada no segundo capítulo que, basicamente, os argumentos invocados por ambas as correntes são a separação dos poderes, a legitimidade democrática do Judiciário para fazer escolhas políticas, o princípio

democrático e a análise econômica do direito, havendo correlação com os debates entre o procedimentalismo e o substancialismo.

14. Quanto à separação dos poderes impõem-se uma nova visão, no sentido de que não há separação estanque entre os poderes; o que existe é uma interdependência entre eles. Encontra-se o Judiciário responsável pela guarda da força normativa da Constituição, da liberdade real e da igualdade material, devendo, para tanto, além de harmonizar o exercício do poder, interpretar os valores contidos no texto constitucional, de acordo com as necessidades sociais.

15. O ativismo judicial aqui defendido é responsável, racional, cauteloso, pois não supre as instâncias políticas, quando estas atuam adequadamente, pois o Executivo e o Legislativo têm e continuarão a ter a responsabilidade funcional primária na conformação das políticas públicas e na distribuição dos recursos para financiar os direitos sociais. Todavia, ocorrendo omissão ou ineficiência nestas atribuições e, por conta disso, algum indivíduo se sinta lesado ou ameaçado em seu direito, recorrendo à via judicial, não há como se afastar tal apreciação. Sendo assim, esta atuação ocorre justamente para suprir ou corrigir falhas na concretização do direito à saúde e não para criar abstratamente políticas públicas.

16. Deste modo, o Judiciário, ao suprir a omissão sobretudo do Executivo, acaba por ajudar na defesa da própria Constituição e criar condições para a democracia, pois, em último caso, sem a efetivação judicial do direito à saúde e do mínimo existencial, o indivíduo não terá condição de liberdade, nem dignidade, não podendo sequer participar do processo democrático, nem ser considerado cidadão. E a democracia exige mais do que a participação da maioria para decidir sobre as necessidades sociais; requer também que os direitos fundamentais de todos sejam respeitados, incluindo os das minorias.

17. Contudo, não se pode olvidar que todos os direitos implicam em custos e que as necessidades humanas são infinitas ao passo que os recursos públicos são limitados; porém, isso não permite que a teoria da “reserva do possível” seja indistintamente utilizada para afastar o dever do Estado para com a efetividade dos direitos sociais. É que, na forma como ela surgiu no direito alemão, deve-se ponderar o

que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade, ressalvando-se que questões de macrojustiça precisam ser levadas em consideração na análise dos casos concretos, pois o direito à saúde e ao mínimo existencial possui também uma dimensão coletiva.

18. Quando analisada a repercussão desses debates no Supremo Tribunal Federal o que se percebe é uma ampla preocupação com a preservação dos direitos sociais, identificando-se a tendência de concretização do direito à saúde para preservação do mínimo existencial, sem se descuidar de afastar, nos casos concretos, a questão da escassez dos recursos e de fundamentar em certos critérios a concessão dos bens e serviços em saúde.

19. Apontam-se como critérios racionalizadores do ativismo judicial, que devem pautar os juízos de ponderação sobre as dimensões do direito à saúde e ao mínimo existencial: (i) valorização das demandas coletivas e não só atendimento individual; (ii) considerá-los direitos relativos, pois são direitos subjetivos *prima facie*; (iii) universalização do acesso à saúde – que visa alcançar o maior número de pessoas; (iv) integralidade da assistência – já que a princípio nenhuma medida pode ser excluída; (v) demonstração da incapacidade financeira do requerente da medida judicial e, no caso do Estado, comprovação objetiva da escassez de recursos; (vi) exigência de perícias e laudos médicos e técnicos sobre as prestações requeridas – visando saber se são mesmo necessárias e mais adequadas ou não; (vii) observar as políticas instituídas pelos poderes públicos e as soluções técnicas por eles apresentadas, para que não haja desorganização do sistema público de saúde; (viii) comprovação de que os bens ou serviços pleiteados são cientificamente eficazes e registrados nos órgãos públicos – como o caso dos medicamentos, não se afastando a possibilidade de, por razões orgânicas, se conceder medida excepcional; (ix) desenvolvimento de mecanismos eficientes de gestão para o Judiciário acompanhar aspectos de macrojustiça, bem como para que a Administração Pública aplique melhor os recursos; (x) enfim, e talvez o mais importante, aponta-se para a inescapável necessidade de compatibilização do mínimo existencial com o custo dos direitos.

20. Portanto, com as reiteradas decisões da Corte Suprema, em grande parte confirmando as decisões dos Tribunais inferiores, percebe-se uma implementação

sistemática do direito à saúde, o que torna o Judiciário verdadeiro fomentador da segurança jurídica, isto é, uma instituição que garante a confiança dos cidadãos no sentido de que o direito abstratamente previsto no texto constitucional se tornará concreto, se não por atividade do poder político, por sua atuação. Constrói-se, assim, o Estado de Direito baseado na segurança jurídica.

21. Sendo assim, caso os poderes públicos (principalmente os órgãos executivos) cumprissem efetivamente o direito à saúde, na forma como preveem as políticas instituídas por eles próprios, muitos dos casos sequer precisariam chegar ao Judiciário, restando para implementar o direito à saúde e garantir o mínimo existencial somente nos casos mais complexos e, aí, adotando-se a racionalidade acima exposta. Portanto, para solucionar parte do problema em sua origem, há: (i) que se valorizar os instrumentos de democracia participativa, pois assim as escolhas políticas passam pelo crivo popular, adequando-se mais à realidade social, encontrando-se à disposição dos indivíduos aquelas prestações de saúde que são por eles identificadas, em momento anterior, como mais essenciais; (ii) incentivar a adoção de medidas judiciais em âmbito coletivo; e, (iii) o sistema orçamentário e os mecanismos de gestão mais eficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2.ed. Madri: Editorial Trotta, 2004.

_____. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury. (org.) **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002.

ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte. **Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10357>>. Acesso em 13/10/2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGNO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Fundamentales Sociales**. Bogotá: Legis, 2005.

ARRANDA, Bruno Lundgren Rodrigues. Medicamentos excepcionais - a ética da prescrição sob o enfoque da responsabilidade social. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 25, n. 97, p. 01-18, jan./mar. 2008.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Democracia. In: CLÈVE, Clemerson Mérlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords.) **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos.** 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BESERRA, Fabiano Holz. Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o poder legislativo. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BITENCOUT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales.** Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Universidad Externado de Colômbia: Bogotá, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v.1, n. 3, p. 291-300, 2003.

COELHO, Marta. **A evolução do conceito de saúde.** Disponível em: <<http://www.ceunes.ufes.br/downloads/2/martacoelho-texto%20processo%20saude%20doen%C3%A7a.doc>> . Acesso em 06.08.08.

COOLEY, Thomas. **A Treatise on the Constitutional Limitations.** Boston: Little Brown and Company, 1890.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) **Direito constitucional: Leituras Complementares**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O que é participação política?** Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1984.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma Nova Disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n.4, p. 327-334, ago. 1988. Disponível em: <<http://scielosp.org>> Acesso em 20.08.2009.

_____. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 01, p. 57-63, fev. 1988. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 20.08.2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, João Luiz Martins. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FARGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. **Revista de Direito Sanitário**. v.2, n.2, p. 82-107, jul. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais – limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquin Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HENRIQUES, Fátima Viera. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1998.

- _____. **Temas fundamentais de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros.** Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais.** Salvador: JusPODIVM, 2009.
- KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal.** Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1996.
- LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção da saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 2001.

_____. A Concretização dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clemerson Mérlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (cords.) **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética:** o caráter complexo do método jurídico na decisão constitucional. Curitiba, 2008. 262f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Lisboa: Coimbra Editora Ltda, 1991.

_____. Direitos e deveres fundamentais do homem. **ÂNIMA – Revista eletrônica do curso de direito da OPET,** Curitiba, v.2, n. 2, p. 369-392, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Alcance político da jurisdição no âmbito do direito à saúde. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007.

NARDI, Antonio Carlos Figueiredo. **Considerações apresentadas na Audiência Pública de n. 4 no Supremo Tribunal Federal,** Brasília, 28.04.2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Antonio_Carlos_Figueiredo_Nardi__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_.pdf> . Acesso em: 27.05.2010.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a Utopia: Problemas na Efetivação do Direito a uma Vida Saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do Estado liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

_____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PALMEIRA, Marcos Rogério. **Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/direitos%20fundamentais.pdf>> Acesso em: 10/10/08.

PANSIERI, Flávio. Direitos Sociais, Efetividade e Garantia nos 15 Anos de Constituição. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Considerações apresentadas na Audiência Pública de n. 4 no Supremo Tribunal Federal,** Brasília, 27.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere__membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf>. Acesso em: 27.05.2010.

PEREIRA, Flávia do Canto; COELHO, Helenira Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde.** Porto Alegre: Notadez, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 22, p. 147-165, out./dez. 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.) **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008.

RIGO, Vivian. Saúde: Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Contribuição à Discussão Acerca do Substancialismo e do Procedimentalismo no Brasil ou Democracia e Estado Democrático de Direito no Século XXI: Apresentação do Modelo Paradigmático de Jünger Habermas e Ponderações Críticas de Michel Rosenfeld. **Anais do XVIII do Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em: < http://www.conpedi.org/anais/36/06_1288.pdf> Acesso em: 27.04.2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. São Paulo, n. 05, p. 439-461, jan./jun. 2005.

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>. Acesso em: 06.04.2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre

particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.) **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002.

_____. Dignidade da Pessoa Humana e “Novos” Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

_____. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (orgs.) **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1999.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos; ROSA JÚNIOR, Faustino da. Os direitos da pessoa humana na CRFB de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados individualmente via procedimento judicial? In: ASSIS, Araken de. (coord.) **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Antonio Fernando Barros e Silva de. **Considerações apresentadas na Audiência Pública de n. 4 no Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27.04.2009. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barrois_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf>. Acesso em: 27.05.2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (coords.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: 2003.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. **Tributação e Intervenção do Estado na atividade econômica**. Palestra proferida no IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 20. 05.2010.

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

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=bple>>. Acesso em: 12/02/2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.