

O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E SUAS PECULIARIDADES: DA FUNDAMENTALIDADE À RESERVA DO POSSÍVEL[†] / [‡]

Antonio Dantas de Oliveira Junior

Sumário: I Introdução. II – Direitos fundamentais e sua abrangência. III – A separação de poderes. IV – A dignidade na lógica do domínio existencial. IV.I – Princípio da dignidade da Pessoa Humana. IV.II – O mínimo existencial. V – A evolução histórica e a saúde pública. V.I - A universalidade e a limitabilidade no campo da saúde pública. V.II – O Direito Prestacional à saúde, sua eficácia e a natureza jusfundamental. V.III – As dimensões objetivas e subjetivas dos Direitos Fundamentais e a Eficácia. VI – A reserva do possível. VI.I – Momento Histórico. VI.II – Aspectos da reserva do possível no Brasil e escolhas trágicas. VI.III – A maioria parlamentar e a reserva do

[†] Relatório de Mestrado da disciplina de Direito Constitucional I/II no âmbito do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2014, sob regência do Professor Doutor Jorge Reis Novais.

[‡] Indicações de redação e leitura: O presente relatório foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, a 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o Acordo em questão foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 54, de 18 de abril de 1995. Com isso procura-se justificar, por exemplo, a supressão do trema e algumas diferenças em relação ao uso do hífen, à acentuação e à ortografia de algumas palavras. Ressalta-se que o acordo é meramente ortográfico, e por isso não elimina todas as diferenças ortográficas e semânticas verificadas nos países que têm a língua portuguesa como idioma oficial. No presente trabalho foi utilizado o padrão brasileiro da língua portuguesa. Cabe ressaltar que a normalização do presente trabalho está em conformidade com as normas estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), órgão responsável pela normalização técnica no Brasil. Assim, as citações das obras e dos autores de referência foram feitas em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto segundo o critério numérico ascendente.

possível. VII – Os direitos de liberdade, os direitos sociais e a reserva do possível. VIII – Progressividade social e excepcionalidade da reserva do possível. VIII.I – Pacto internacional de direitos econômicos, sociais, culturais e a progressividade. VIII.II – A excepcionalidade da reserva do possível, o destinatário da norma e a eficiência da administração pública. IX – O ônus da prova, a reserva do possível e o princípio da igualdade. X – O princípio da proporcionalidade em sentido amplo na ótica de seus dois *viés* e o contraponto como princípio da reserva do possível. XI – Aspectos da jurisprudência do supremo tribunal federal em face do direito à saúde. XII – Conclusão. Referências

I INTRODUÇÃO



o presente trabalho, visualiza-se a necessidade de um aprofundamento científico da matéria sobre a incidência do princípio da reserva do possível nos direitos prestacionais sociais, sobretudo, na saúde, bem como sua fundamentalidade ou não, e a atuação limítrofe e com proporcionalidade do poder judiciário, sem que haja interferências maléficas à Democracia.

O divisor de águas, na situação em contexto, está na figura da real conceituação do instituto da “separação de poderes”, em especial, após o pós guerra do Século XX na Europa, o que ensejou a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, brotando no sistema jurídico os direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais, econômicos e culturais), os quais impuseram ao Estado a necessidade de atuar positivamente.

A CRFB (Constituição da República Federativa Brasileira), em seu artigo 196, acerca da prestação da saúde, reza ser direito de todos e dever do Estado, por intermédio de políticas sociais e econômicas. É um objetivo a ser priorizado, de modo que não atingindo a todas as situações, deve haver minimamen-

te a criação e implementação dessas políticas a serem realizadas pelo legislativo e pelo executivo e, subsidiariamente, pelo poder judiciário, diante do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em grande parte das Constituições Europeias e da América Latina, os direitos sociais prestacionais são normas programáticas, haja vista que trazem metas para serem concretizadas pelo legislativo e executivo, contudo as normas programáticas¹ não são meras recomendações, e sim um direito diretamente aplicável, desde que, neste último caso, não haja lesão a direitos fundamentais da sociedade como um todo.

Os direitos sociais exigem que o Poder Público atue na busca da igualdade social dos hipossuficientes², por isso são conhecidos como direitos à prestação, ou direitos prestacionais que visam igualar situações sociais desiguais, sendo o direito à saúde, com previsão no artigo 6º, da CRFB, uma das espécies.

Uma parcela da doutrina, consoante análise nos capítulos deste trabalho, possui o entendimento³, segundo o qual os direitos sociais de natureza prestacional se diferenciam dos direitos de defesa, mormente no aspecto da estrutura jurídico-normativa, na medida em que, este último, regra geral, é dotado de ampla eficácia e aplicabilidade imediata; enquanto aqueles necessitam de atuação legislativa, bem como de haver disponibilidade financeira na sua concretude, o que significa ser a sua positivação na Constituição aberta, e, como consequência, deve haver a participação do legislador para a devida regulamentação.

Assim, surgem os seguintes questionamentos: Os direi-

¹ SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. Revista de informação legislativa. Brasília. Ano 45. Nº 177. p. 260.

² TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.701.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 289.

tos sociais prestacionais são fundamentais e de aplicação imediata ou são normas programáticas? Aplica-se, com base na dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial ou a ponderação de valores? A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pautada em assuntos relativos à saúde de maneira ativista e sem observância ao aspecto econômico estatal? São questões interessantes que serão abordadas no presente trabalho.

Os direitos sociais previstos na CRFB, por um ângulo, são de natureza aberta, e, portanto, uma norma com eficácia limitada, diante da dificuldade em se saber o conteúdo e alcance do dispositivo constitucional, bem como, em algumas situações, a Lei Maior transfere a responsabilidade de implementação do Direito para o próprio legislador. Outro fator que também será abordado no presente trabalho diz respeito à dificuldade de se mensurar, como nos direitos de liberdade, os direitos sociais prestacionais.

De outra banda, poder-se-á pensar que a lei não pode ter mais força do que a Constituição, bem como, em sede de segundo argumento, uma norma caracterizadora de direito fundamental, por mais vaga que seja, deve assegurar um mínimo necessário que garanta um direito subjetivo individual à prestação, diferentemente daqueles que não reconhecem como núcleo essencial os direitos de atuação positiva.

Ponto crucial, no estudo da temática, será a cláusula da reserva do financeiramente possível, com a observância das suas dimensões fáticas e jurídicas, somando-se ao fato da jusfundamentalidade ou não dos direitos sociais prestacionais, na medida em que a distribuição dos recursos públicos disponíveis, por ser de matriz constitucional, deve ser feita pelo legislador, não podendo ser decidida por um tribunal, desde que haja critérios razoáveis, eis que a discricionariedade não é irrestrita.

Agora, quando a alocação for equânime, razoável, o poder judiciário deve respeitar a vontade do legislador e do

gestor, em atenção ao princípio da separação de poderes que deve prevalecer em um Estado Democrático de Direito.

O estudo em tela retrata que as leis e as políticas públicas a serem elaboradas e promovidas pelo legislativo e executivo devem estar em sintonia com os objetivos da Constituição Federal, caso contrário o Judiciário, em sendo provocado, atuará. Não se está diante, em uma gama de casos, de um ativismo judicial, mas da necessidade de que haja o cumprimento de leis e políticas públicas, outrora, definidas. Assim, nem sempre é caso de omissão do legislativo ou do executivo, mas da inefetividade de direitos assegurados.

II. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA ABRANGÊNCIA

Sarlet⁴ salienta que os direitos fundamentais devem ser classificados em:

a. direitos de defesa (liberdade, igualdade, garantias e parte dos direitos sociais), e b. direitos prestacionais (direitos sociais).

No direito de defesa deve haver uma abstenção do Estado, não podendo atentar contra a liberdade individual, configurando uma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Aqui, portanto, o Estado está obrigado a um não fazer, ficando mais fácil o controle judicial, uma sindicabilidade quando o ente estatal faz uma intervenção indevida.

No início, os direitos fundamentais eram, na essência, tipicamente individuais ou individualistas⁵. A partir das Constituições Liberais, passa-se a visualizar a importância da tutela de direitos fundamentais de maneira difusa e institucional (li-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 280 e SS.

⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV. 5ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.p.113.

berdade sindical e de greve). É a clássica divisão da proteção de direitos fundamentais das pessoas como seres individuais e direitos das pessoas inseridas em instituições.

Os direitos fundamentais, portanto, podem ser exercidos individualmente⁶, coletivamente e de maneira mista. No primeiro caso, através das liberdades de consciência, direitos sociais, etc. Na segunda situação, por intermédio da liberdade de reunião e manifestação, direito à greve e ao sufrágio. No último caso, tem-se a liberdade de religião e de culto, a liberdade de propaganda eleitoral, etc.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva de natureza objetiva e subjetiva. Segundo Sarlet, o caráter objetivo, com a Lei Fundamental de 1949, a Corte Federal Constitucional, no caso Luth, proferiu a seguinte decisão⁷:

os direitos fundamentais não se limitam a função precípua de serem direitos subjetivos de defesa individuais contra ato do poder público, mas que, além disso, constituam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários. (SARLET, 2009, p. 143).

Como se percebe, os poderes estatais devem promover ações que visem assegurar os direitos fundamentais, não bastando a sua inação na esfera individual e de liberdade de cada pessoa. Os direitos fundamentais devem atingir não só o indivíduo, na tutela de seus direitos, mas o todo com valores e fins a serem seguidos pelo Estado, daí nem sempre o interesse individual prevalecerá sobre o coletivo e vice-versa, o que dependerá da situação em concreto. O que implica a possibilidade de um indivíduo ou grupo de pessoas provocarem o Poder Judiciário, quando de uma lesão ou omissão a um direito fundamental,

⁶MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV. 5ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.p.120.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.143.

não ficando atrelados á vontade superior do legislador. Acabará o condicionamento do direito à lei, passando o juiz a utilizar-se da hermenêutica e a supremacia da Constituição.

III. A SEPARAÇÃO DE PODERES

É de grande importância, antes de se adentrar no cerne da problemática dos direitos sociais prestacionais - saúde - estabelecer, de maneira breve, alguns aspectos do ideário da figura da separação de poderes, com o escopo de delimitar as áreas de atuação e competências das funções estatais.

A ideia de separação de poderes advém da Grécia antiga, quando Aristóteles⁸, em sua obra intitulada *Política*, fez menção à existência de três funções distintas realizadas pelo poder soberano. O equívoco de Aristóteles baseou-se em concentrar todas as funções “nas mãos” de uma única pessoa, o soberano, o que é inadmissível numa sociedade em que prevalece o Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal, com o predomínio da burguesia, a ideia de Aristóteles fora aprofundada por John Locke e Montesquieu⁹, este último, em sua obra *O Espírito das Leis*, na qual as funções do estado não ficavam sob o controle de um único órgão, mas de órgãos diferentes, sendo diametralmente oposto ao estado absolutista, premissa esta que influenciou as revoluções americana e francesa.

Segundo Novais¹⁰, “por outro lado, só agora, no Estado de Direito Liberal, a divisão dos poderes, para além de intentar uma racionalização do funcionamento do Estado, visa garantir

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 256.

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 257.

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.25.

juridicamente a liberdade individual contra os abusos de poder”.

Entrementes, na teoria clássica da tripartição de poderes de Montesquieu, os magistrados não passavam de meros “bocas da lei”¹¹, pois apenas aplicavam à legislação ao caso concreto, com supremacia do Poder Legislativo, este preponderantemente ocupado pela ascensão burguesa. Diferentemente, o pensamento americano de 1891 considerou o modelo da *judicial review*¹², inserindo o controle de constitucionalidade no caso *Madison x Marbury*, onde a Constituição possuía supremacia sobre as demais normas.

No Estado Liberal, interpretou-se a figura da separação de poderes, criada por Montesquieu, de maneira equivocada, isto é, a não permissão do controle recíproco entre os poderes, com o nítido caráter de imperar o domínio de uma única classe, a burguesa. Saía-se, então, do absolutismo da monarquia, e passava-se ao “absolutismo” dos burgueses.

Na era moderna, por vários Estados, a teoria de Montesquieu foi adotada com o seu verdadeiro sentido, permitindo uma maior interpenetração entre as funções, mitigando a separação absoluta entre elas. A atividade legiferante não se encontrava mais no ápice do sistema com preponderância sobre as demais funções.

Com a evolução, portanto, chega-se à fase da teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), isto é, da existência de um controle recíproco entre as funções de legislar, executar e julgar, no sentido de impedir a abusividade de atribuições entre os “poderes”.

Em uma realidade de Estado Social, pós segunda grande Guerra Mundial, o Poder Judiciário deixa de se autolimitar,

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.25 e ss.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional das políticas públicas. 2º ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 126.

passando a enxergar a necessidade, o dever de interferir no mérito administrativo quando eivado de ilegalidade.

Deve haver uma diferenciação entre mérito administrativo e puro mérito administrativo¹³, o primeiro perfeitamente controlável judicialmente diante de uma não atuação com razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência, em assuntos relacionados a direitos fundamentais, por parte do gestor público; o segundo, a impossibilidade de interferência judicial por estar no caráter típico da conveniência e oportunidade do administrador público.

A ilegalidade de um ato administrativo é visualizável quando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com previsão no art. 3º¹⁴ e incisos da CRFB, não são cumpridos, *verbis gratia*, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, promover o bem de todos, etc.

As funções estatais além de serem independentes, devem-se harmonizar para atingirem os objetivos fundamentais já citados, pois no instante em que o legislador ordinário e/ou o executivo, o primeiro através de leis e o segundo com políticas públicas, demonstram desídia ou não agem respeitando os critérios concretizadores dos objetivos fundamentais da república, o judiciário deve atuar no sentido de exigir o cumprimento dos ditames constitucionais, caso contrário, na expressão de Lassalle¹⁵, o texto constitucional seria uma mera folha de papel.

Canela¹⁶ afirma: *Cabe ao Poder Judiciário investigar o*

¹³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 10º ed. Salvador: Podivm, 2011, p. 72.

¹⁴ Art. 3º da CRFB: *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4º ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 104.

¹⁶ CANELA JUNIOR, Oswaldo. Trabalho de Doutorado na Universidade de São Paulo. A Efetivação dos Direitos Fundamentais através do processo Coletivo: Um novo Modelo de Jurisdição. p. 17-19. Citado no artigo de Grinover. O Controle

fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira). No meu entendimento, ratifica-se, aqui, o importe da harmonia entre os poderes na trilha do cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

As políticas públicas, dentre elas à saúde, nos termos do art. 196¹⁷ da CF, a serem promovidas pelo legislativo e pelo executivo devem estar em sintonia com a Constituição Federal, caso contrário o Judiciário, em sendo provocado, atuará para assegurar, como forma de controle, não só a Constituição, mas os fins, as metas do próprio Estado, não se podendo chamar de interferência inconstitucional por violação à separação de poderes, mas sim de harmonização entre os poderes, eis que uma Constituição não é mais uma carta de intenções.

Desta forma, é indubitável o equívoco na ideia petrificante de separação de poderes em que o legislativo somente elabora leis em conformidade com a Constituição, o Executivo preocupa-se em efetivas políticas públicas e o judiciário em aplicar o direito ao caso concreto¹⁸. A harmonia entre os poderes, como reza a CRFB, significa a possibilidade de que os direitos das minorias sejam respeitados, sendo assim um mecanismo contramajoritário¹⁹.

Diante da figura da separação de poderes, na temática dos direitos sociais prestacionais, por fim, um juiz não detém competência para afirmar se existe ou não recursos disponí-

Jurisdicional de Políticas Públicas. p. 118/119.

¹⁷ Art. 196 da CRFB: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

¹⁸ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir à moradia.* São Paulo: Saraiva, 2012. p. 14.

¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direitos Democrático.* Curitiba: Unibrazil. 2006, p. 33 ss.

veis²⁰ para que haja uma concretização, todavia nada impede que ele analise se as dificuldades financeiras porventura apresentadas, são aptas a impossibilitar uma pretensão individual ou coletiva, bem como se houve proporcionalidade nas escolhas das prioridades.

De tudo aqui expendido, não resta dúvida de que, no constitucionalismo atual, o Estado passou a regulamentar e a intervir com uma maior intensidade nos aspectos sociais e econômicos, em especial, na garantia dos direitos fundamentais e de direitos sociais relevantes. Isso acarretou, de certa forma, “uma crise” no alcance do instituto constitucional da separação de poderes e no princípio majoritário que, no meu sentir, não tem razão de ser em face da força normativa da Constituição, da figura do controle de constitucionalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pois as maiorias também precisam de limites.

IV A DIGNIDADE NA LÓGICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

IV.I PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No início da história, na civilização ocidental, a dignidade da pessoa humana existia pautada no cristianismo como dádiva advinda de Deus, sem discriminações, por ser a figura do homem a imagem e semelhança do criador²¹, entretanto, esse conceito, atualmente, não deve prosperar, já que o Brasil, como outros Estados soberanos e democráticos, na Constituição Federal, no seu preâmbulo, considera a figura do Estado Laico, não confessional, baseando-se na impossibilidade de vinculatividade entre Estado e religião, o que se conclui que

²⁰ NOVAIS, Reis apud Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV, 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 108.

²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.56.

seja ateu, seja religioso, ambos devem ter a dignidade preservada, por se viver em uma sociedade intitulada de plural e tolerante, o que não significa, a meu ver, a perda de parâmetros.

Citando *Reis Novais*²² e *Sarlet*²³, o princípio da dignidade da pessoa humana, após as barbáries da segunda grande guerra mundial, sustentou-se na doutrina de *Kant*, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, daí o Tribunal Constitucional Federal Alemão conheceu a *fórmula objeto*. A pessoa, portanto, deve ser vista não como um instrumento, um objeto, uma coisa, mas um fim em si mesma.

O art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) prevê a dignidade da pessoa humana, segundo o qual todos os seres humanos “nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

A Lei Fundamental de Bona de 1949²⁴, Constituição Provisória da República Federal Alemã, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana, o que influenciou a Constituição Portuguesa de 1976 que, no seu artigo 1º²⁵, consagrou a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Portuguesa, e, esta última, de igual modo, foi base para a Constituição Federal do Brasil que previu a dignidade da pessoa humana no seu inciso III²⁶, artigo 1º, como fundamento da Re-

²² NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.57

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC. nº 9, jan/jun. 2007. p. 368

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.51

²⁵ Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

²⁶ Art. 1º da CRFB: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa huma-*

pública Federativa do Brasil.

Na passagem do Estado-Liberal do século XIX, no qual havia uma não intervenção do poder público, para o Estado social e Democrático de Direito do século XX, há uma substancial alteração dos deveres estatais, no sentido de promover novos valores, os direitos fundamentais sociais, deixando a igualdade de ser meramente formal e sim material, o que refletiu na concepção de dignidade da pessoa humana. Foi o que aconteceu no Brasil, com o advento da Carta de Outubro de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado de Direito Brasileiro, como fator de limitação de poder, possui um elo com os objetivos da República Federativa do Brasil, mais especificadamente a promoção do bem de todos que, na expressão de *Flávio Pansieri*²⁷, seria a garantia da reprodução da vida humana com dignidade.

No instante em que a dignidade da pessoa humana é tratada como fundamento de um Estado Democrático de Direito, a conclusão a que se chega é de que o Estado deve assegurar e promover²⁸ dignidade às pessoas e não o inverso.

Acontece que para que haja dignidade, conseqüentemente devem ser assegurados bens sociais mínimos como à saúde, pois a dimensão da dignidade não é somente objetiva, servindo, tão somente, de maneira abstrata, como base para princípios e direitos fundamentais de maneira genérica, mas, igualmente, possuidora de uma dimensão subjetiva que, nada mais é, senão a garantia do mínimo necessário para sobrevivência de um indivíduo.

Em matéria de direitos sociais prestacionais como a saúde, o legislador, com o escopo de regulamentá-la, deve elabo-

na”.

²⁷ PANSIERI, Flavio. Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito de moradia. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 52.

rar as leis, e o administrador possui o dever de implementar as políticas públicas devidas, atendendo a discricionariedade na alocação de recursos e o financeiramente possível, mas sempre preservando, apesar da progressividade em direitos dessa natureza, o mínimo existencial em atenção à dignidade humana.

O professor *Luiz Coutinho* (Informação verbal)²⁹ vai além quando diz que a dignidade da pessoa humana não é somente autodeterminação, exercício do direito de escolha de suas opções, mas a proibição de autodegradação na relação com o Estado ou com o particular.

Diante das diversidades de valores, em um Estado Contemporâneo, é praticamente impossível conceituar a dignidade da pessoa humana de maneira uniforme, o que dificulta um conceito jurídico.

A dignidade da pessoa humana é um princípio vital, é o pilar que sustenta, em um estado democrático de direito, a sociedade. Apesar do conceito de dignidade da pessoa humana ser individualizado, eis que cada pessoa traz concepções do que seja digno para si (autodeterminação). Deve haver um tronco comum que passa a ser o mínimo existencial dos direitos fundamentais, levando-se em consideração o que seja digno para um homem médio, em um caso concreto e não abstrato, sob pena da banalização da utilização do princípio em questão.

Como se depreende, a dignidade da pessoa humana, além da promoção por parte do Estado, engloba o respeito (abstenção) e a proteção (atuação) da integridade física, psicológica e intelectual dos indivíduos. Segundo *Pérez Luño*³⁰ a dignidade da pessoa humana não visa, somente, evitar que pessoas sofram humilhações e constrangimentos, mas que haja um sentido positivo na procura do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

²⁹ Informação recebida em Aula, no dia 12 de março de 2013, na Escola de Magistrados do Estado de Pernambuco.

³⁰ LUÑO. Antonio Henrique. *Derechos Humanos*. Madri: Tecnos, 1990. p. 318.

De mais, para que haja ofensa á dignidade da pessoa humana deve haver uma ruptura na dimensão vertical e na dimensão horizontal, haja vista que a primeira ocorre quando o Estado trata o indivíduo como objeto, o que interessa ao pretense trabalho no campo dos direitos sociais; e a segunda no instante em que o próprio ser humano vê o outro como coisa.

Os poderes instituídos devem atuar, em toda e qualquer situação, atendendo aos ditames da dignidade da pessoa humana como princípio ou, quando não houver possibilidade de ponderação, como regra.

No aspecto da dimensão auto referencial quando o próprio indivíduo (moral), em ato singular, sem a participação de terceiros, ofende a própria dignidade, o Estado não tem como ser responsabilizado, eis que este não consegue encontrar-se em todos os lugares ao mesmo tempo, salvo quando houver uma relação direta com o indivíduo, c.p.ex, direito à saúde.

IV.II O MÍNIMO EXISTENCIAL

A origem do mínimo necessário ou vital advém da jurisprudência³¹ do Tribunal Constitucional Federal Alemão, onde a Constituição não consagra esses direitos, daí a necessidade de se buscar, quando a legislação infraconstitucional for deficitária ou omissa, alternativas constitucionais para a proteção de direitos individuais, dentre eles, á saúde.

A figura do mínimo existencial defendida como garantia dos direitos fundamentais à saúde, dentre outros, tem a defesa da professora Ana Paula de Barcellos³², diante do vínculo

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p.197.

³² BARCELLOS, Ana Paula. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 809.

entre a dignidade da pessoa humana e a saúde, isso porque as prestações que ultrapassam esse critério devem ficar a cargo do legislador.

Os direitos sociais, na sua dimensão positiva, desenvolvem-se no dever do Estado de promover o acesso individual a um bem fundamental. O problema é saber a relevância jurídica dos direitos sociais. Questiono: Exigir do Estado, diante da indeterminabilidade constitucional, um mínimo existencial ou social resolve a situação posta em discussão? Entendo que a resposta está com Novais³³ quando diz que é preciso uma distinção entre o mínimo existencial e o direito social, o primeiro é o legítimo direito fundamental social (judicialmente exigível), e o segundo dependente de configuração legal. No que pertence à fixação do mínimo, como será melhor explicitado, deve haver cautela do judiciário para que não haja ofensa à separação de poderes.

Os críticos da teoria do mínimo existencial afirmam haver um elevado grau de subjetividade, e então sugerem que o grau de exigibilidade deve ser proporcional ao grau de essencialidade³⁴. Desse modo, quanto maior a importância do bem, a justificativa estatal para não concedê-lo deve ser plausível, excepcional, sob pena de contrariar ditames constitucionais.

Para assegurar um direito fundamental positivo é preciso que seja assegurada condições materiais que acarretem uma vida com dignidade. O nascimento, como anteriormente redigido, do mínimo existencial está na Lei Fundamental da Alemanha de 1949.

Foi o que o jurista Alemão Otto Bachof³⁵, na década de

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p.194.

³⁴ GROSS, Alexandre Felix. *Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1º Região. Vol. 1, nº 1. Out/dez 1989. Brasília: TRF1º Região, 1980. p.66.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista da Defen-

50, afirmou que sem um mínimo de segurança social, sem recursos materiais para uma existência digna, não tem como se falar em dignidade da pessoa humana. Não é só viver, mas que a vida seja garantida. Não basta ter o direito à saúde, mas que ela seja assegurada, etc. O mínimo existencial é uma ajuda para a autoajuda, e dependerá de cada realidade socioeconômica³⁶. O mínimo existencial está ligado á vida e á dignidade da pessoa humana, e, por isso não carece de previsão constitucional expressa.

O mínimo existencial é baseado em condições materiais imprescindíveis para o próprio existir, sendo uma parcela nuclear³⁷ do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, em relação aos direitos sociais prestacionais há uma complexidade na sua abordagem, vez que é preciso estipular os liames entre a reserva do possível e o mínimo existencial, mais especificadamente, para efetivar o direito à saúde.

Como se percebe, a parcela do mínimo existencial não é matéria que deve ficar ao livre alvedrio das deliberações majoritárias. De maneira contrária ocorre quando se requer um *plus* em relação aos direitos prestacionais sociais (saúde).

A solução do impasse, a meu ver, deverá ser resolvida à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que, como se sabe, na CRFB (Inciso III, artigo 1º e artigo 170, *caput*), é reconhecido como princípio fundamental e mola propulsora de todo o Ordenamento Jurídico, e com incidência direta na ordem econômica que visa uma existência digna. Percebo que não é suficiente o direito de viver, mas de existir com dignidade e, para isso, o mínimo necessário evidentemente tem que ser ga-

soria Pública. Ano 1. nº 1. Jul./dez. 2008.p. 188/189.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul./dez. 2008. p.190.

³⁷ BARCELLOS. Ana Paula de. E Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.p.292.

rantido.

O mínimo existencial encontra-se intimamente relacionado com os alvos prioritários dos gastos públicos³⁸, ou seja, somente depois de haver um investimento efetivo (ao menos, no mínimo) em áreas essenciais e prioritárias como a saúde, a educação e a segurança em prol da dignidade da pessoa humana, e que a reserva do possível não pode ser óbice na concretização desses direitos. Os recursos remanescentes, por fim, devem ser investidos em outros setores do Estado.

Na concepção minimalista, o Poder Público não pode escolher aleatoriamente em quais locais e atividades o dinheiro público será investido, pois deve considerar, primeiramente, os núcleos da dignidade da pessoa humana, dentre eles: educação, saúde, assistência aos desamparados e acesso à justiça³⁹. Como se percebe, sem saúde o homem não é capaz de efetivar sua própria vida com dignidade.

Acredito que o mínimo existencial, regra geral, deve possuir um caráter absoluto, e, por isso, não se sujeitando ao princípio da reserva do possível. Diferentemente⁴⁰ é o pensamento de alguns autores que pontuam que, em sociedades muito pobres, não é possível afirmar que o direito ao mínimo existencial não possa ser excepcionado, daí o Estado ser possuidor do ônus justificante de sua impossibilidade financeira, o que seria, pra mim, a excepcionalidade.

Destarte, o mínimo pode ser visto de maneira relativa ou absoluta⁴¹, ou seja, no primeiro caso dependente da ponde-

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.288.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.p.302.

⁴⁰ NOVELINO, Marcelo apud SARMENO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 809.

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais en-*

ração dos aspectos singulares e coletivos, além do custo financeiro, no acesso a um bem fundamental; e a segunda situação pautada em uma dimensão alheia a ponderações.

Os direitos sociais prestacionais que, por ventura, forem preteridos pela Administração Pública em detrimento de outros podem ser reivindicados judicialmente pelas pessoas que se sentirem lesadas? Ou o Poder Judiciário não é possuidor de legitimidade constitucional e formação técnica na realização desse *mister*?

As respostas aos questionamentos retro para alguns devem ser por intermédio do mínimo existencial, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, pois todo aquele que não possui as necessidades primárias de direitos sociais como a saúde, por descaso do gestor público ou de má elaboração de políticas públicas, a jurisdição constitucional deve atuar; para outros, como *Robert Alexy*⁴², deve haver uma observância daquilo que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade em sede de ponderação entre direitos sociais e outros direitos fundamentais, pois há dificuldade em definir o critério do mínimo existencial, como também nenhum direito possui valor absoluto, e nem aplicação uniforme a toda e qualquer situação.

A reserva do possível, assunto que será tratado em momento oportuno, não integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas é uma espécie de limite jurídico e fático desses direitos⁴³, como também pode atuar como uma garantia dos direitos fundamentais no momento de um conflito entre o mínimo existencial e a salvaguarda de direitos de primeira linha, desde que haja proporcionalidade.

quanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p.201.

⁴²ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 498.

⁴³WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos: Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. Revista de Direito Público da Economia, nº 18, 2007, p. 302.

V. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A SAÚDE PÚBLICA

A saúde é um bem jurídico essencial, e por isso tutelada como direitos humanos e fundamentais, seja no campo externo, seja no aspecto interno. Entretanto, a saúde por ser um direito de todos, não significa que assegure somente direitos coletivos, pois, acima de tudo, os direitos fundamentais, independentemente da espécie, são singulares, pessoais, eis que a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada⁴⁴.

Importante trazer ao estudo um breve histórico do direito à saúde, a começar pelos povos primitivos que enxergavam o enfermo como, nos dizeres de Scliar⁴⁵: “vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo”.

Na Idade Média, houve o surgimento das pestes e epidemias, em razão da miserabilidade e falta de higiene dos burgos, tendo como fator positivo o aparecimento dos primeiros hospitais⁴⁶, “mais apropriadamente hospícios, ou asilos, nos quais os pacientes recebiam, se não o tratamento adequado, pelo menos conforto espiritual.”

No século XX, questões relativas à saúde foram tratadas como política de governo, principalmente após a segunda grande guerra mundial. Com o advento da Organização das Nações Unidas – ONU – e a Declaração Universal dos Direitos Humanos passou a haver garantias de direitos humanos básicos, com o surgimento de entidades ligadas à saúde, c.p.ex, a Organização Mundial da Saúde (OMS).

No campo do direito internacional, em temas de direitos

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. A Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Ano 1, nº 1, jul./dez. 2008. p.215.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde: Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. p. 17. (Fazendo citação de Scliar, 1987).

⁴⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. Revista de Saúde Pública. São Paulo, v. 22, nº 4, p. 327-224, Ago. 1988.

sociais como direitos humanos⁴⁷, o Brasil foi signatário de alguns tratados, dentre eles: Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Protocolo de São Salvador (1988), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica.

O direito à saúde, previsto na Constituição Brasileira de 1988, encontra-se no Capítulo II, do Título VII que trata da seguridade social, como forma de reduzir as desigualdades fáticas existentes (igualdade material) e a proteção do hipossuficiente. Além do que o direito à saúde é direito fundamental com previsão no artigo 6º⁴⁸, da CRFB, e, como consequência natural faz parte dos direitos vinculados ao mínimo existencial, por ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e bússola de todos os direitos fundamentais. (inciso III⁴⁹, art.1º da CF).

O artigo 196 da CF/88, norma jurídica na modalidade princípio, diz que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado e, para isso, a Administração Pública deve garanti-lo mediante políticas econômicas e sociais, tratando-se, portanto, de fins básicos que o ente deve concretizar.

Diversos dispositivos da Constituição Brasileira de 1988 tratam expressamente da saúde, inclusive com uma seção específica em relação à temática em capítulo referente à Seguridade Social⁵⁰, com previsão no já citado artigo 196. A saú-

⁴⁷ ALMEIDA, Dayse Coelho. A Fundamentalidade dos Direitos Sociais. Revista do TRT 6º Região. Tribunal Regional do trabalho da 6ª Região, Setor de Comunicação Social. Ano 1, nº 1, out. Recife: O Tribunal, 1967. p. 42.

⁴⁸ Art. 6º da CRFB: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁴⁹ Art. 1º da CRFB: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”

⁵⁰ SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. Revista de informação legislativa. Brasília. Ano 45. Nº 177.p. 258.

de, também, vem expressa em outros comandos normativos, c.p.ex, no artigo 6º como um direito social; no artigo 7º, incisos IV e XXII⁵¹, o primeiro aduz que o salário mínimo deverá atender, dentre algumas necessidades humana, á saúde, o segundo impõe normas de saúde em relação aos riscos do trabalho.

A Lei 8.080/90⁵² dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, inclusive ratificando o preceito constitucional acerca do seu caráter fundamental.

O Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 107/2010⁵³, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde visando estratégias do judiciário acerca de como compatibilizar esse direito e as questões técnicas e orçamentárias.

O Brasil foi o primeiro país a criar a CNDSS-Comissão Nacional⁵⁴ Sobre Determinantes Sociais da Saúde- através de Decreto Presidencial no ano de 2006, com o objetivo de acarretar informações e saber acerca de determinantes sociais de saúde no Brasil, bem como contribuir com políticas que promo-

⁵¹ Art. 7º da CRFB: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]”.

⁵² Art. 2º da Lei 8080/90: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

⁵³ Artigo 1º da resolução 107/2010: “Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”.

⁵⁴ VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler. O direito à saúde e os determinantes sociais. Revista da Defensoria Pública. Ano 1, nº 1, jul./dez. 2008. p. 279.

vam a equidade em saúde e incentivem o Poder Público e a sociedade civil na efetivação do seu direito.

Através do CNDSS foram realizadas pesquisas que invocou, como determinante da saúde, a importância de investimentos nas áreas de educação, de alimentação, da prática de esporte e do acesso à informação⁵⁵. E o relatório do CNDSS concluiu pela imprescindibilidade da ampliação dos gastos em saúde e integração com os órgãos encarregados na concretude do direito à saúde, o que demonstra, esta última, ser um alvo prioritário em matéria de legislação e de políticas públicas.

O destinatário principal do direito à saúde é o Estado (gênero), contudo os demais entes federativos, conforme competência administrativa comum (artigo 23, inciso II⁵⁶, da CF/88) devem ser responsabilizados solidariamente, sem eximir outros partícipes como a família e a sociedade.

V.I A UNIVERSALIDADE E A LIMITABILIDADE NO CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA

Independentemente da condição financeira do usuário do referido serviço público, o acesso à saúde, como reza a Lei Maior, deve abranger a todos, de maneira universal.

Acontece que, diante da reserva do possível, do aumento da sobrevida, e do crescimento das populações, nem sempre esta premissa poderá ser cumprida e, nem por isso, haverá inconstitucionalidade, desde que o Estado respeite os princípios da progressividade de investimentos e o da dignidade da pessoa humana, pois ninguém, em uma dimensão subjetiva, pode ficar, como já dito, sem o mínimo existencial.

No mais, é surreal a ideia de que qualquer Estado con-

⁵⁵ Relatório da Comissão Nacional de Determinantes Sociais em Saúde – CNDSS, 2008, p. 148-149.

⁵⁶ Art. 23 da CRFB: “*É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*”.

siga efetivar o direito à saúde de todos e em um grau máximo, diante dos limites econômicos do mesmo para assistir os demais setores que carecem de investimentos. Para tanto, a igualdade deve ser sopesada sob o aspecto material, o que acarretará uma diferença razoável entre aqueles que podem dispor financeiramente para adquirir uma assistência médica hospitalar, e outros que não dispõem de condições.

A saúde, no Brasil, é regulamentada através dos serviços que estão incluídos no Sistema Único da Saúde, ou seja, trata-se de uma política pública. Pode-se dizer que, caso o Estado não cumpra o seu dever constitucional, o Judiciário, quando provocado, deverá atuar e isso não gerará interferência indevida, ou como preferem dizer “ativismo”, mas determinação do adimplemento de uma situação já regulamentada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Não é outro o entendimento de *Gilmar Mendes*⁵⁷ *o problema talvez não seja de judicialização... pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.*

Questionamento relevante acontece no instante em que não há uma legislação ou uma política pública implementada pelo SUS (Sistema Único de Saúde), gerando um aparente conflito em reconhecer um direito público subjetivo, *prima facie*, pelo judiciário; ou em aguardar a regulamentação pelos poderes competentes.

Na situação em vestuta, como será melhor explicado em outro tópico, a resposta, em direitos sociais prestacionais, deve ser prolatada à luz do caso concreto, sopesando o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, com os princípios da reserva do possível e da proporcionalidade.

A CRFB quando expressa que a saúde é direito de todos e dever do estado não está afirmando que a universalidade e a

⁵⁷ MENDES, Gilmar. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 567.

igualdade de condições significam gratuidade de acesso irrestritamente, eis que se deve observar a situação, como já exposto, fática de cada pessoa, diante dos princípios da proporcionalidade e da solidariedade. Para exemplificar o exposto, trago à baila a Lei do Estado do Rio Grande do Sul nº 9.908/2003⁵⁸, a qual prevê que a disponibilização gratuita de medicação será destinada para aqueles que comprovarem falta de condições.

*Cunha Junior e Novelino*⁵⁹ aduzem que é preciso saber se há, em relação aos direitos prestacionais sociais, uma omissão legislativa ou administrativa, uma decisão administrativa de não fornecê-la ou uma vedação legal a sua dispensação.

Na primeira situação, caso não tenha havido um investimento contínuo e seletivo por parte da Administração Pública, o direito público subjetivo deve ser reconhecido.

No segundo caso, só é pertinente a decisão administrativa denegatória se o SUS mesmo garantindo o acesso à saúde, ainda assim, a pessoa a ser beneficiada exigir especificidades e tratamentos similares que tenham o mesmo efeito, mas que não estejam incluído na política do SUS. O que não pode é a Administração Pública simplesmente negar o pedido com fundamento em altos gastos, sem procurar outro *viés*, deixando à margem as pessoas que carecem de um mínimo à saúde.

Na terceira situação, nenhum produto (medicamento, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos) poderá ser colocado à venda ou industrializado sem autorização do Ministério da Saúde ou da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA⁶⁰). O Estado, somente com esse argumento não pode se eximir da responsabilidade de assegurar o direito à saúde a uma pessoa que esteja acometida de uma doença rara e que precise de uma medicação específica, ainda que não autorizada pela

⁵⁸ Lei n 9.908, publicada em 16 de junho de 1993, Palácio Piratini, Porto Alegre/RS.

⁵⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Teoria, Súmulas, Jurisprudência: Constituição Federal. Salvador: Podivm, 2010, p. 691

⁶⁰ A lei 9.782 de 26 de janeiro de 1999, do Congresso Nacional, criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), pois será preciso ponderar valores ou aplicar o mínimo existencial.

De mais a mais, é muito difícil que nos protocolos clínicos e nas diretrizes terapêuticas sobre medicamentos em que o Estado deve fornecê-los gratuitamente, consigam-se alcançar todas as opções e possibilidades, por conseguinte, na ausência dessas substâncias, nada impede, desde que com as cautelas devidas, que o Estado-Juiz assegure o direito, seguindo a linha da política pública desenvolvida pelo órgão responsável (SUS), no sentido de não reconhecer um tratamento experimental, sem comprovação científica, porém assegurando o *standart mínimo*⁶¹.

E a análise para saber se uma pessoa possui ou não condições econômicas de prover a própria saúde deve ser com base naquilo que recebe, seus gastos, e o dispêndio que precisará desembolsar, cabendo utilização analógica com o artigo 4º e parágrafo primeiro⁶², da Lei nº 1060/50.

Em uma sociedade tão desigual como a brasileira, a tese de que quem contribui com impostos não significa acesso irrestrito à saúde, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade, da solidariedade e da proporcionalidade.

Na perspectiva da igualdade, toda e qualquer pessoa deve ser tratada como igual, e não propriamente o direito a prestações iguais⁶³. Assim, mesmo a saúde, no Brasil, sendo um direito de todos, universal, etc, não deve ser gratuito o serviço público de saúde para toda e qualquer pessoa indistinta-

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1371.

⁶² Art. 4º da Lei 1.060/50: "*A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família; § 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais [...]*"

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes. Coimbra: Coimbra editora, 2004. p. 109.

mente.

Quer-se dizer: deverá haver uma ponderação, por tudo que já foi exposto, nas possibilidades do Estado, na progressividade e na situação financeira do beneficiado. É claro que, em situações excepcionais, o direito à saúde deve ser, de plano, no seu mínimo necessário, garantido a todos indistintamente.

O SUS, através de seus protocolos, pauta-se na medicina com evidências, e não no tratamento somente experimental, mas isso não significa a possibilidade de se omitir ou apresentar argumentos pífios para não assegurar o direito à saúde.⁶⁴

V. II O DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE, SUA EFICÁCIA E A NATUREZA JUSFUNDAMENTAL

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no Título II, trata dos direitos e garantias fundamentais que, por sua vez, são divididos em 05(cinco) capítulos: I. Dos direitos e deveres individuais e coletivos. II. Dos direitos sociais. III. Da nacionalidade. IV. Dos direitos políticos e V. Dos partidos políticos.

Reza o parágrafo primeiro, do artigo 5º, da CRFB, com influência do artigo 18/1⁶⁵ da Constituição Portuguesa de 1976: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A norma em debate é polêmica, isso porque não se chegou a um denominador comum acerca do seu alcance, ou seja, se é aplicável, no direito pátrio, a todos os direitos fundamentais ou não, já que há uma corrente de pensamento que exclui desse contexto os direitos sociais prestacionais, políticos, de nacionalidade, etc.

⁶⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Teoria, Súmulas, Jurisprudência: Constituição Federal. Salvador: Podivm, 2010, p. 692

⁶⁵ Artigo 18º da Constituição da República Portuguesa: “1. *Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa. Vol. 1, 1º ed. Brasileira, 4º ed. Portuguesa revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra, PT: Coimbra editora, 2007.

Em uma leitura desatenta, acredita-se que pela posição topográfica do parágrafo primeiro do art. 5º, da Lei Maior, os direitos fundamentais abrangeriam tão somente os direitos individuais e coletivos, o que não é condizente com a própria redação do citado parágrafo que não especifica quais os direitos fundamentais, significando dizer: o mais importante no reconhecimento de um direito fundamental é visualizar o seu núcleo essencial, inviabilizando, assim, uma interpretação restritiva.

Apesar das inúmeras classificações acerca dos variados tipos de normas constitucionais, Ingo Sarlet⁶⁶ faz uma crítica, a meu ver, pertinente, no sentido de que as normas definidoras de direitos fundamentais devem ser reconhecidas no aspecto da técnica de positivação, e não no critério de posição jurídica. Com isso, os dispositivos da constituição que não estejam no título dos direitos e garantias fundamentais, bem como em tratados de direitos humanos e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos⁶⁷ dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais e podem ter natureza jusfundamental.

É de observar que todos os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata⁶⁸, caso contrário, não teriam razão de existir, mas nem todas as normas constitucionais, diante da sua essência, os possuem. Há a necessidade dos órgãos estatais de maximizar esses direitos por intermédio dos poderes Legislati-

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 261.

⁶⁷ Artigo 5º, parágrafo terceiro da CRFB: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 268.

vo, Executivo ou Judiciário, pois uma norma constitucional deve ser pautada em uma densificação constitucional. Ainda que minimamente, sua concretização, diante de uma Lei Maior, deve ser efetivada. É o chamado critério de determinabilidade⁶⁹.

Desse modo, Estados em que impera a figura de uma Constituição rígida e de uma justiça constitucional, não há como petrificar os direitos fundamentais como sendo taxativos, pois é possível haver a incidência desses direitos em capítulos diversos, e fora do catálogo constitucional. Deve, assim, haver direitos com conteúdo de fundamentalidade, essencialidade, importância, em uma concepção material aberta, e não de cunho meramente formal.

No presente estudo, mister se faz a análise da eficácia dos direitos fundamentais, eis que apesar de haver uma programaticidade em algumas normas constitucionais elas são dotadas de um mínimo de eficácia e aplicabilidade diante da força normativa da Constituição Federal.

Segundo Luiz Roberto Barroso⁷⁰, na Constituição Federal Brasileira de 1988, há três tipos normativos:

a. Normas de Organização definidoras de competência, por exemplo, quando tratam de processos e procedimentos, normas de competência, etc. Há uma disciplina da estrutura básica do Estado.

b. Normas definidoras de direitos, em especial, os direitos fundamentais de 1ª dimensão, onde o Estado deve abster-se de atuar e o cidadão possui o direito de defesa contra a intromissão estatal indevida.

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume 1. 1ªed. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2007.p. 374.

⁷⁰ SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais: As normas programáticas e a crise constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 204, 26 de jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>. Acesso em 22/10/2013.

c. Normas Programáticas⁷¹ que traçam metas a serem atingidas pelo Estado.

Situação mais dificultosa, em um primeiro momento, ocorre em relação aos direitos sociais prestacionais como a saúde, a partir do momento em que necessitam, para que haja uma concretização, de uma atuação dos entes políticos. A questão da saúde, hoje, está atenuada, diante de existirem leis e políticas públicas em diversas áreas, bem como há dispositivos da CRFB que vinculam a aplicação de recursos públicos à saúde, acarretando um direito público subjetivo, com uma aplicabilidade imediata, nos termos da *alínea 'e'*, inciso VII, artigo 34, c/c inciso II, parágrafo terceiro, artigo 198, e parágrafo terceiro, todos, da CRFB⁷².

Sobre o tema, *Canotilho e Vital Moreira*⁷³: Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. “É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde (art. 64)”.

⁷¹ BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 113 e ss.

⁷² Artigo 34 da CRFB: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”. E artigo 198, parágrafo terceiro, do mesmo diploma legal: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União”.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra. Coimbra editora, 1991. p. 130.

Seguindo a trilha dos direitos sociais fundamentais, no campo dos direitos de defesa (liberdades sociais), como neste trabalho será melhor esclarecido, não há nenhum entrave na sua aplicação *prima facie*.

Nos tempos atuais, as normas programáticas devem ser dotadas de eficácia vinculante e obrigatória, pois a Constituição não pode ser entendida como um documento eminentemente político, mas também jurídico normativo.

Em outra classificação, como ensina *Rui Fonseca (informação verbal)*⁷⁴, as normas constitucionais podem ser perceptíveis e programáticas. As perceptíveis dividem-se em exequíveis e não exequíveis.

Como o próprio nome sugere as exequíveis são aquelas exigidas de plano, não precisando da atuação do legislador; já as não exequíveis necessitam da interferência do Poder Legislativo.

Em relação às programáticas há uma peculiaridade, pois além da condição *sine qua non* no sentido de um agir do legislador, soma-se o fato de averiguar a disponibilidade econômica do Estado no sentido da possibilidade de criação e implementação de direitos fundamentais, em especial, os sociais prestacionais. Aqui, não é apenas uma meta, sem prazo determinado, para ser alcançada, ao contrário, deve a norma programática respeitar o princípio da progressividade e a questão orçamentária.

As normas definidoras de direitos fundamentais na modalidade sociais prestacionais, em tese, pela própria redação do texto constitucional, possuem um cunho programático, a meu ver, *sui generis*, nada impedindo uma aplicação imediata mínima, desde que haja inação injustificada do Estado, como também possibilidades fáticas e jurídicas, em especial, de disponibilidade financeira e alocação prioritária de recursos pelos

⁷⁴ Informação obtida em aula, do dia 04 de dezembro de 2012 na Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco.

destinatários legitimados, sem perder a proporcionalidade entre a necessidade e a possibilidade. É o que o professor Alexy chamou de *mandados de otimização*⁷⁵.

Destarte, em se reconhecendo a necessidade premente absoluta de regulamentação legislativa, os direitos fundamentais equiparar-se-iam a qualquer outro direito de menor profundidade axiológica, o que, como leciona Ferreira Filho “permaneçam letra morta no Texto da Constituição”⁷⁶ ou, segundo Reis Novais⁷⁷, direitos fundamentais fracos por derivarem da lei.

Como se vê, os direitos prestacionais sociais, regra geral, comumente são dependentes do legislador e das políticas públicas, diferentemente dos direitos fundamentais de defesa que são auto aplicáveis. Entretanto, em não havendo nos direitos sociais prestacionais proporcionalidade nas omissões ou escolhas do Estado-Legislador ou do Estado-Administrador, o mínimo deve ser assegurado ou sopesado pelo Poder Judiciário.

V.III AS DIMENSÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA.

O Estado, em relação aos direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, possui o dever de respeito, proteção e promoção, daí os poderes da república devem assegurar esses direitos, e, por consequência, diante da desídia dos poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário atuará subsidiariamente.

Diante dos fatos aqui expendidos, e da dimensão subjetiva, mesmo em uma norma programática, deve haver uma

⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 86.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 343 e ss.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 65 e ss.

aplicação de pronto dos direitos fundamentais, por isso a Constituição Federal, no inciso XXXV⁷⁸, do artigo 5º, prevê o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, onde nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser afastada do poder judiciário, e o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁷⁹ é claro ao afirmar que na lacuna da lei o juiz decidirá com base na analogia, costumes e princípios gerais de direito.

A dimensão principal e o domínio típico dos direitos sociais a prestações, no que concerne ao seu conteúdo⁸⁰ dependem, substancialmente, de opções políticas do legislador, em função do pluralismo ideológico ou por força de limitações jurídicas e de fato.

Os direitos sociais a prestações podem ser considerados, a depender do tipo de ordenamento jurídico, mais especificadamente, como normas programáticas ou como direitos subjetivos públicos. Segundo *Vieira Andrade* as normas que definem direitos sociais na Constituição Portuguesa são “*normas impositivas de legislação*”⁸¹, motivo pelo qual o titular desses direitos não poder exigí-los diretamente.

Nessa perspectiva, não significa dizer que o legislador não possua o dever de elaborar leis em matéria dessa natureza, pois é proibido o não fazer do Poder Legislativo. Assim, os direitos sociais não são, nessa linha de pensamento, normas meramente proclamatórias, tampouco acarretam direitos subjetivos diretos, mas que vinculam os poderes públicos.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente trazem conteúdos mínimos aos seus beneficiários que devem ser com-

⁷⁸ Artigo 5º inciso XXXV, CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁹ Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina. 2006, p.386.

⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina. 2006, p.387

plementados, por essa parte da doutrina, pela intervenção do legislador ordinário que, como é sabido, fará a opção política e/ou técnica acerca do conteúdo do direito, não podendo o Poder Judiciário intervir, salvo quando houver uma violação ou omissão arbitrária do legislador.

Em regra⁸², os direitos, liberdades e garantias, diferentemente dos direitos sociais, possuem conteúdo em nível constitucional, independentemente de atuação legislativa posterior. É o que *Canotilho*⁸³, com a discordância de *Vieira Andrade*, em relação aos direitos sociais, denomina de “*grau zero de garantia*”.

O professor *Vieira Andrade* chama os direitos sociais de *prestações por pretensões jurídicas*, isso porque têm por escopo a satisfação de interesses particulares que, em princípio, não caracterizam direitos públicos subjetivos, mas que dependem de uma legislação, portanto, não são direitos fundamentais constitucionais⁸⁴.

Na visão de *Ingo Sarlet* sobre a possibilidade de direitos subjetivos a prestações em face de normas de cunho programático, não há qualquer impedimento, já que todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, por isso, com aplicação direta da Constituição, na medida de sua eficácia, mas isso não significa a inviabilização de programaticidade em direitos fundamentais sociais prestacionais⁸⁵.

O professor *Celso Antônio*⁸⁶ foi categórico ao mencionar que o conteúdo dos direitos sociais não é óbice para a sua

⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006, p.392.

⁸³ CANOTILHO, j.j. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7º ed. Coimbra: almedina, 2003, p. 481.

⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina. 2006.p.391.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.p.294.

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira. in: RDP nº 57-58(1981), p.245.

efetivação pelo Judiciário, desde que a Norma Constitucional especifique as condutas necessárias para que se assegure o bem jurídico previsto.

O saudoso Celso Bastos⁸⁷, em uma linha moderada, sustenta que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, sobretudo se a Constituição não especificar que a matéria seja regulada por lei, ou quando a norma de direito constitucional não tiver o mínimo de aplicabilidade.

Em relação aos direitos sociais prestacionais, mesmos para os que defendem a sua aplicabilidade originária, como direito fundamental, não havendo leis ou sendo as mesmas insuficientes, não deverá haver intervenção de um julgador ou de um administrador diante da conformação política, a não ser quando esteja em causa um conteúdo mínimo⁸⁸ de preceitos constitucionais violado de maneira evidente.

Nessa perspectiva do estudo, a impossibilidade de aplicabilidade de plano em relação aos direitos sociais por ausência de imposição constitucional suficiente não os coloca, todavia, à vontade do legislador, eis que a liberdade de conformação e atuação legislativa não é ilimitada.

O que se observa, na verdade, é em imposições constitucionais⁸⁹ e não em normas programáticas, no sentido de que o legislador, além de estar obrigado a atuar, encontra-se vinculado constitucionalmente as metas materiais que expressamente ou por via interpretativa decorram da Constituição que impõe tarefas específicas.

O legislador, nessa perspectiva, está obrigado a garantir a concretização mínima do direito social, enquanto direito in-

⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 393.

⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006, p.398.

⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006.p.400.

dividual⁹⁰, ou seja, o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais pode considerar-se, em regra, sindicável. Não se pode renegar, então, as questões financeiras quando da concretização de direitos sociais prestacionais.

Sob o perigo de uma desestabilização política, nenhuma Constituição que prevê direitos sociais pode regulamentar á exaustão toda a matéria, pois uma Lei Maior, como quadro normativo aberto⁹¹, deve conceder a oportunidade de alternativas de escolhas democráticas, caso contrário haverá um estágio de inconstitucionalidade permanente, na medida em que uma Constituição nunca estará sendo cumprida integralmente.

A proteção jurídica dos direitos sociais não possui a mesma intensidade que os direitos, liberdades e garantias, porque é imprescindível uma atuação proativa estatal, como também, na maioria das vezes, dependem da conformação do legislador e da disponibilidade econômica. Isso não significa que os direitos sociais sejam, no meu sentir, uma norma sem aplicabilidade direta alguma; deve-se assegurar a cada indivíduo um conteúdo mínimo de solidariedade social⁹², pois o legislador não pode macular, com discriminações arbitrárias, o princípio da igualdade.

*Reis Novais*⁹³ afirma que os direitos sociais são fundamentais, com reconhecimento expresso na Constituição Portuguesa, todavia é preciso entender que esses direitos possuem peculiaridades em relação aos direitos de liberdade, situação que será melhor destrinchada no decorrer deste trabalho.

Os direitos a prestações em sentido estrito, na linha de *Alexy* nada mais são do que direitos de pessoas em relação ao

⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006.p.401.

⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006.p.410.

⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2006, p.412.

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 253.

Estado, a uma situação que o indivíduo, caso dispusesse de condição econômica suficiente e de uma maior oferta poderia, também, valer-se da iniciativa privada. Trata-se, então, de direitos fundamentais sociais⁹⁴, como por exemplo, o direito à saúde.

De outro modo, há quem entenda, ainda, que pelo simples fato de haver uma transformação constante na seara socioeconômica dos direitos sociais, seria impossível a Constituição Federal prever, com exatidão, o conteúdo desses direitos, sob pena de existir um permanente conflito⁹⁵.

Em relação ao parágrafo retro, no mesmo sentido, o professor *Reis Novais*⁹⁶ afirma que a ausência de determinabilidade, em um Texto Constitucional, não é lacunosidade equivocada do legislador constituinte, eis que a essência desses direitos está relacionada a fatores mutáveis, e que o Estado não controla, por isso não são diretamente aplicáveis, necessitando de atuação legislativa ou, em uma determinada pretensão, seja, minimamente, exigível judicialmente.

*Jorge Miranda*⁹⁷ suscita que os direitos de liberdade têm um conteúdo estabelecido no campo das normas constitucionais, enquanto que os direitos sociais possuem na sua substância uma determinabilidade, em maior ou menor peso, por obra do legislador infraconstitucional, portanto normas programáticas.

Uma norma programática, quando do ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não poderá ser analisada somente à luz da ausência ou não de lei ou

⁹⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012.p.499.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 289.

⁹⁶ NOVAIS, Reis apud Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV, 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 108.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV. 5ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.p.104/105.

de políticas públicas, mas, sobretudo, se há disponibilidade financeira estatal. Contudo, referindo-se a um direito fundamental, esse deve ser plenamente reconhecido ou, em caso de escassez de recurso, garanta-se o mínimo existencial, sendo, neste último caso, a última palavra do Poder Judiciário.

De igual modo, o mandado de injunção é um instrumento jurídico que pode ser utilizado por qualquer cidadão que venha a se sentir prejudicado por eventuais omissões na legislação, conforme inciso LXXI⁹⁸ do artigo 5º da Constituição Federal. Faz-se necessário o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, significando a possibilidade de exigência de aplicabilidade imediata desses direitos e de que, no sistema jurídico, existem normas programáticas.

Um caso clássico analisado pelo Supremo Tribunal Federal relativo à falta de norma regulamentadora foi o julgamento dos Mandados de Injunções nº(s) (MI)⁹⁹ 670, 708 e 712. Os processos se referem ao direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII¹⁰⁰ da Constituição, mas que durante mais de 20 (vinte) anos não foi regulamentado por lei específica.

Diante da falta de lei para regular a greve no serviço público, a Corte Constitucional decidiu que, enquanto não for

⁹⁸ Artigo 5º, inciso LXXI, da CRFB: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

⁹⁹ MI 670 TJES, Relator: Mauricio Corrêa, DJe-206 publicação 31-10-2008; MI 708 TJDF, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe-206 publicação 31-10-2008 e MI 718 STF Relator: Min. Carlos Brito, publicação DJ 23/05/2005, p. 00005.

¹⁰⁰ Art. 37 da CRFB: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

elaborada tal regulamentação, valem as regras previstas para o setor privado (Lei nº 7.783/89).

As normas programáticas são pautadas pela pouca intensidade normativa, na medida em que estabelecem programas a serem efetivados pelo Estado, ou que, em escalas menores ou maiores, carecem de uma atuação legislativa. Ocorre que, as normas constitucionalmente programáticas, como definida por *Sarlet*¹⁰¹, possuem alguma eficácia, com algum efeito jurídico, isso posto não devem ser consideradas tão somente como proclamações políticas e de ideologia.

Apesar do legislador nas normas programática ter o dever de realizar as tarefas e programas inseridos na Constituição¹⁰², não deve haver vinculação de que a regulamentação só é referente ao conteúdo da norma, isso porque nos direitos negativos existem uma gama de casos prevista vagamente na Lei Maior, contudo é, por intermédio da interpretação, aplicados diretamente pelo judiciário. Nos direitos sociais prestacionais há uma peculiaridade, qual seja, além da disponibilidade financeira, deve-se observar a implementação e o cumprimento de políticas públicas.

Indago: Mesmo com o reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, eles somente existem se forem garantidos por leis e políticas públicas? Para a maioria da doutrina os direitos sociais serão exequíveis após intervenção do legislador ordinário. É, portanto, o mesmo que “grau zero de garantia”¹⁰³.

E a base do pensamento daqueles que defendem a ausência de eficácia imediata dos direitos sociais prestacionais, encontra-se na figura da reserva do possível, da existência ou

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.292.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p. 165.

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 481.

não de pecúnia nos cofres públicos. Diante dessa conclusão, no sentido de assegurar, de plano, um direito fundamental, surge a ideia do mínimo social¹⁰⁴, com parâmetro no princípio da dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade.

Os direitos sociais, indubitavelmente, são fundamentais e, como ensina Alexy¹⁰⁵, *prima facie*, podem, na perspectiva da ponderação, ser considerados ou desconsiderados de acordo com o grau de colisão com outros bens. É claro que o limite financeiro não pode ser relegado, e, como já mencionado, a conclusão é a de que a “primeira voz” é a do legislativo, mas não significa ausência de intervenção judicial. Por isso, a reserva do possível não é intransponível.

Voltando ao pensamento de *Ingo Sarlet*¹⁰⁶, em situações emergenciais, há a configuração de um direito público subjetivo à saúde, caso contrário configuraria um comprometimento irreversível ou um sacrifício de outros bens essenciais, *verbis gratia*, tratando-se de saúde, a própria vida.

O que não pode é haver um direito fundamental inutilizado ou sucateado por descaso da atuação estatal com o único argumento, segundo a qual, o dever de regulamentação e implementação é do legislador e gestor, como pressuposto de existência para o reconhecimento judicial.

É possível, em normas programas, reconhecer a um indivíduo um direito público subjetivo originariamente (direto da Constituição), sem intervenção legislativa (direito derivado), em razão de uma prestação material como a saúde? No mínimo, como aqui discutido, acarreta um direito subjetivo indivi-

¹⁰⁴ ¹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

¹⁰⁵ Novais, Jorge reis. Direitos Sociais: Teoria dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 105.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Panóptica. Ano 1, nº 4. Dez. 2006. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ingosaude.pdf>. Acesso em: 23 de out. de 2013. p. 13.

dual ou coletivo negativo de exigir que o Estado não intervenha contrariamente á Constituição na garantia de um direito fundamental prestacional.

Em matéria de direitos sociais positivos existem duas correntes, a primeira que afirma não haver necessidade de lei para se exigir do Estado esse direito, e a outra que considera o direito social como relativo, subordinado a uma legislação e a políticas públicas prévias.

O fato é que há, assim, uma complexidade para ajustar o cumprimento de um direito fundamental em uma conjectura de escassez de recursos, de limites orçamentários, e de recursos não orçamentários, daí a importância na alocação desses elementos.

Para *Luis Pereira Coutinho (informação verbal)*¹⁰⁷, acerca da incidência originária de direitos sociais prestacionais por determinação judicial, não seria o caso de negar a jurisdição, mas do Poder Judiciário não atuar por ausência de pressupostos processuais, sendo a competência do Poder Legislativo. Além do que, para outros autores¹⁰⁸, complementando essa linha jurídica, os direitos sociais prestacionais fundamentais dependem de recursos financeiros do Estado e da sua capacidade jurídica para dispor, esta última, em questões orçamentárias, impossibilitando os juízes de atuarem por ausência de aptidão funcional.

Voltando à questão do mínimo para sobrevivência digna de um ser humano é valiosa a menção de *Ingo Sarlet*¹⁰⁹ ao professor Alemão *Otto Bachof*, nos seguintes termos: *Na dou-*

¹⁰⁷ Informação recebida em Aula do dia 13 de março de 2013, na Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p.307-308.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.317.

trina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof... um mínimo de segurança social.

No Brasil, diferentemente da Alemanha, os direitos sociais estão previstos constitucionalmente e, em especial, acerca da saúde, já existem leis regulamentando a matéria, daí não seria o caso de se falar em direito subjetivo originário, mas derivado, todavia diante da escassez o Poder Judiciário deverá assegurar o mínimo. E mesmo que o direito à saúde (fundamental) estivesse sem previsão legal, o Judiciário não poderia se imiscuir de assegurar o mínimo necessário tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a vida.

O direito ao mínimo na exigência de um direito prestacional não é algo petrificado, eis que depende da situação concreta envolvendo os indivíduos nos aspectos sociais, econômicos e culturais, o que, na sua essência, evita que o Estado deixe de efetivar direitos fundamentais ainda que minimamente. É o que *Paulo Caliendo*¹¹⁰ chamou de *cláusula de barreira*.

Dessa maneira, nos termos do mínimo, do estritamente necessário, em relação à saúde, está-se diante de um direito público subjetivo individual, independentemente dos argumentos da reserva do possível e da incompetência do Poder Judiciário acerca das escolhas e destinação dos recursos em virtude do bem constitucional maior que é a vida.

O Supremo Tribunal Federal¹¹¹ passou a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigíveis em juízo e não mais como direito expresso em norma programática.

Os poderes executivo, legislativo e judiciário devem escolher em relação à saúde, à educação, etc, os meios necessá-

¹¹⁰ CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 200 e ss.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 328.

rios para que, minimamente, a vida seja protegida com dignidade, e mesmo que haja apenas um meio¹¹² este deve ser aplicado.

A dificuldade no problema do estudo é saber o que é mínimo existencial, como também mesmo que seja reconhecido o mínimo em uma demanda individual que trata de direitos sociais prestacionais como a saúde, assunto anteriormente debatido, não deixará de haver uma interferência no orçamento, independentemente da sobrecarga, que é da competência do legislativo e, via de consequência, na separação de poderes. Por isso, a importância de que haja, na atualidade, uma gestão participativa e democrática do orçamento público.

Outra situação dificultosa é compreender que o mínimo necessário na saúde, em uma demanda individual, na verdade, em alguns casos, diante da justiça distributiva, em situações similares, trará altos custos ao erário, tendo o julgador que sopesar todos esses fatores. Assim, mesmo a demanda coletiva sendo, politicamente, a mais pertinente, não significa dizer que é inviável a ação singular em razão do mínimo existencial ou da ponderação entre princípios, pois está-se a falar em direitos fundamentais.

A justificativa do respeito aos primados da democracia e separação de poderes somente tem razão de ser, quando os objetivos de uma república estejam sendo cumpridos pelos poderes públicos, referendados nos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

VI. A RESERVA DO POSSÍVEL

VI.I MOMENTO HISTÓRICO

A origem do referido princípio advém da Alemanha no

¹¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Coimbra: Almedina, 2004. p. 32.

ano de 1972, em uma decisão do Tribunal Constitucional Federal daquele país, conhecida como *Numerus Clausus*, que limitou o número de vagas em universidades públicas diante de um elevado número de candidatos, com base no que, por parte do indivíduo, seria razoavelmente exigível da sociedade¹¹³, em duplo aspecto: a condição material do titular do direito e a previsão orçamentária, esta última, da competência do legislativo, na qual ventilavam-se escolhas na alocação de recursos, sob pena de ferir o princípio democrático da separação de poderes. Assim, não bastaria ser somente razoável, mas, acima de tudo, financeiramente possível¹¹⁴.

Canotilho¹¹⁵ pondera que: *um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.*

É preciso que haja uma delimitação do que é reserva do possível na Alemanha, e do que seja em países de terceiro mundo ou em desenvolvimento como o Brasil.

A Alemanha, além de possuir uma economia e relações sociais e culturais estáveis e melhor distribuídas, já há muito tempo assegura direitos sociais, não previstos na Constituição, de maneira adequada nos campos da saúde, educação básica, habitação, segurança pública, etc. A reserva do possível é a *ultima ratio* da Administração Pública em questões de uma relevância menor, diferentemente de Estados em que as necessidades vitais, básicas da sociedade não são asseguradas.

A diferença na aplicabilidade da cláusula da reserva do possível em países de primeiro (Alemanha) e terceiro mundo ou em desenvolvimento (Brasil) é abissal, no instante em que, não se tem como igualar, nas decisões dos tribunais, a situação

¹¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 90.

¹¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 190.

¹¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina. 1998, p. 439.

de um indivíduo que, no primeiro caso, deseja estudar em universidade pública¹¹⁶; e, no último caso, busca a manutenção da própria vida.

É indubitável que, nos direitos prestacionais, a reserva do possível nos aspectos fáticos e jurídicos¹¹⁷ seja observada, isto é, que haja disponibilidade financeira necessária para a satisfação do direito e que haja autorização orçamentária para o Estado arcar com tais custos. Entretanto, o mínimo social ou existencial fará um contraponto que definirá a possibilidade do reconhecimento ou não de uma sindicabilidade individual, o que significa não poder ser dirimida na regra Dworkiana¹¹⁸ *do tudo ou nada*.

VI. II ASPECTOS DA RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL E ESCOLHAS TRÁGICAS

No Brasil, em que os direitos sociais fundamentais, previstos na Carta Magna, estão engatinhando, e a maioria da população com acesso a pouca saúde, somando-se a isso o elevado nível de corrupção nas entranhas dos poderes constituídos, ausência de vontade política etc, não é lógico que se interprete, inclusive como os mesmos rigores, o princípio em comento, deixando as decisões de alocação de recursos e políticas públicas ao livre alvedrio do poderes legislativo e executivo.

A grande problemática, atualmente, como se percebe, é a de que a aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais prestacionais vincular-se-á ao princípio da reserva do possível, eis que o Estado deverá arcar com gastos para implementação

¹¹⁶ ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 114/115.

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 569.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 2º ed. London: Duckworth, 1978, p. 24/26.

de políticas pública. E, como os recursos são limitados e as necessidades ilimitadas, o Poder Público precisará fazer “escolhas trágicas” no sentido de atender ao interesse público, priorizando umas (políticas públicas) em detrimento de outras.

Entretanto, os limites não são somente econômicos, mas, v.g., de pessoal, de órgãos humanos, de leitos, de profissionais especializados, de equipamentos, etc. Gustavo Amaral¹¹⁹, citando John F. Kilner aduz que “em outras palavras, critérios de seleção de pacientes são desesperadamente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro”.

Assim sendo, no instante em que o Estado define o *quantum* vai disponibilizar na área da saúde e a quem atenderá, automaticamente, implicará em escolhas trágicas¹²⁰, o que é originário da escassez natural.

Como ensina Reis Novais, citando Rawls, acerca do direito sociais e atuação do Estado em uma situação de escassez moderada de recursos *há sempre esse condicionamento inevitável*¹²¹.

A cláusula da reserva do possível possui duas características: a fática que diz respeito à ausência de recursos financeiros, humanos e de infraestrutura para a efetivação do direito, e a jurídica relacionada à legalidade orçamentária¹²².

Uma parte da doutrina¹²³, como Ingo Sarlet, na toada acima, divide o princípio da reserva do possível em duas di-

¹¹⁹ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolhas: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.75.

¹²⁰ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolhas: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.81.

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 89.

¹²² BORGES, Tarcísio Barros. A Eficácia dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível. Revista ESMAFE. Recife. nº 18, 2008. p. 88.

¹²³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde: Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

mensões, uma de natureza fática (aquilo que o Estado economicamente pode dispor), e outra de natureza jurídica (competência dos destinatários para decidir sobre a alocação de recursos). Por ser questão de matriz constitucional, o poder político como regra, desde que atue com razoabilidade e proporcionalidade, deve definir as dimensões da reserva do possível.

Um outro fator dificultoso na concretização de um direito fundamental social por interferência de uma justiciabilidade é referente ao princípio da isonomia¹²⁴, eis que uma decisão judicial não pode limitar os direitos fundamentais de outros cidadãos que também esperam do Poder Público um mesmo tratamento.

No que pertine à limitação jurídica da reserva do possível acerca das escolhas das políticas públicas por parte do legislador podem sofrer o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, caso ocorram abusos, e isso não significa afronta à separação de poderes ou à soberania popular. O Estado tem que obedecer, na elaboração do orçamento, as tarefas, os encargos constitucionais¹²⁵ estabelecidos, havendo portanto uma mitigação na discricionariedade legislativa, caso contrário haveria arbitrariedade.

A cláusula da reserva do possível não pode ser considerada como uma regra “do tudo ou nada”¹²⁶ e sim um princípio, como um mandamento de otimização (algo que deve ser efetuado no maior peso possível, com observância às possibilidades jurídicas e fáticas existentes), uma vez que o judiciário, excepcionalmente, diante de uma ponderação, poderá ordenar, por exemplo, a transferência de verba orçamentária para alocar em rubrica que atenda valores maiores dos cidadãos. Assim, os

¹²⁴ BORGES, Tarcísio Barros. A Eficácia dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível. Revista ESMAFE. Recife. nº 18, 2008. p. 88.

¹²⁵ BORGES, Tarcísio Barros. A Eficácia dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível. Revista ESMAFE. Recife. nº 18, 2008, p. 90.

¹²⁶ ALEXY, Robert. Tradução: Vírgilio Afonso da Silva. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2012, p.85 e ss.

operadores do direito devem observar a classificação da norma jurídica¹²⁷ em princípios e regras.

A citação supra corresponde a uma verdade, da qual o Estado não pode se eximir, porém deve haver por parte dos poderes políticos uma atuação com priorização progressiva nas definições das previsões orçamentárias em matéria de direitos sociais prestacionais, não sendo suficiente o argumento estatal de escassez de recursos ou de que se investiu apenas o que seria possível. Portanto, o Estado deve demonstrar que atuou com critério nas escolhas mais fundamentais, até porque a responsabilidade pelo ônus da prova é sua e não do hipossuficiente. Em situação de normalidade, em um Estado Social, como leciona Reis Novais¹²⁸ a escassez nunca é absoluta.

Quer-se dizer: diminui-se os gastos com o que é supérfluo, não essencial e investe-se maciçamente em direitos fundamentais essenciais, dentre eles: saúde, educação, e segurança pública, sob pena do judiciário intervir para assegurar, ao menos, o mínimo existencial, não no aspecto do direito fundamental social por si só, mas no campo da dignidade da pessoa humana.

Como é perceptível, o poder político deverá fazer escolhas, o que não conseguirá, por conseguinte, abarcar a todas as necessidades sociais fundamentais, mas, ao menos, levar em conta o desenvolvimento econômico e as finanças estatais.

VI. III A MAIORIA PARLAMENTAR E A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do financiamento possível, no Brasil, com a Carta Magna de 1988, não pode ser vista como um obstáculo intransponível à concretização dos direitos fundamentais,

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 2ª edição. London: Duckworth, 1978, p. 22 e ss e 71 e ss.

¹²⁸ NOVAIS. Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010, p. 115 e ss.

mormente porque, como ensina *Robert Alexy e Reis Novais*¹²⁹, direitos fundamentais não podem ser deixados à mercê de uma maioria parlamentar.

A natureza maior dos direitos fundamentais é justamente limitar o poder do legislador¹³⁰, assegurando determinados direitos individuais e coletivos, quando houver uma excessiva restrição ou uma deficitária proteção nos direitos jusfundamentais, em detrimento da maioria do parlamento.

A tutela jurisdicional dos direitos sociais implica em que o Poder Judiciário ordene a concretização de um direito social com previsão constitucional. A dificuldade é saber precisar o limite da intervenção judicial ou se deve havê-la, eis que, nesse caso, há uma necessidade da implementação de políticas públicas (envolvem gastos) pelo Estado, e que, em tese, a proteção de um direito estatal deve ficar sob a batuta da ação do estado.

A grande preocupação na concretização pelo Poder Judiciário, no meu sentir, é em relação aos gastos públicos, pois quando se obriga que o Estado utilize recursos em determinado direito social, a Administração Pública não terá condições de arcar, em algumas situações, com o atendimento da decisão judicial, na efetivação de outros direitos fundamentais que foram considerados mais importantes para a sociedade.

Como se depreende, há a possibilidade de intervenção do judiciário na garantia desses direitos, mas sem esquecer da limitabilidade dos recursos. Além do que, o Poder Público é quem tem o ônus argumentativo de explicitar o porquê não investiu em determinada área de interesse coletivo do Estado em prol de outra, por exemplo, gastos excessivos com publicidade e festas, como é comum no Brasil, e investimentos insuficientes na saúde básica, na educação pública, na segurança pú-

¹²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.p. 91.

¹³⁰ MENDES, Gilmar. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 564.

blica, etc, com um claro comportamento governamental desviante.

VII. OS DIREITOS DE LIBERDADE, OS DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

O argumento da reserva do financeiramente possível precisa ser analisado de forma sistêmica, não à vista somente dos direitos sociais, mas do gênero direitos fundamentais, isto é, nos direitos negativos clássicos de liberdade ou de defesa há também um gasto, um custo econômico ao erário, entretanto, esses direitos, civis e políticos, não perdem sua característica jusfundamental.

Pode-se tomar como paradigma para explicar o assunto, em países democráticos como o Brasil, o grande dispêndio econômico, em direitos de liberdade, para realizar o processo eleitoral; o direito de propriedade privada em que o aparelho estatal deve manter um aparato para protegê-la, por intermédio de proteção policial, instituições adequadas, sistema judicial; indenizações por ofensas aos direitos de liberdade, eis que *levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez*.¹³¹

Como se percebe, todo e qualquer direito – positivo ou negativo – pleiteado em desfavor do Estado depende de recursos públicos, e não apenas os denominados de positivos, como ensina Stephen Holmes e Cass Sunstein – “The Cost of Rights: why liberty depends on taxes”. A diferenciação seria que os direitos de liberdade não se sujeitam a regulamentações ou a políticas públicas, daí não acarretam situações que envolvam o Judiciário em uma intromissão indevida.

Analisando os gastos públicos, seja nos direitos de liberdade, seja nos direitos sociais, percebo uma diferença tênue: nos primeiros, os recursos estariam automaticamente inseridos

¹³¹ HOMES, Stephen; CASS, Sustain. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. Nova Iorque : W.W. Norton & Company, 1999.

no sistema estatal, daí os mecanismos de proteção do indivíduo (direitos de defesa contra o Estado) fazerem parte da própria estrutura, sem a qual a figura do Estado de Direito seria inócua; nos segundos, haveria uma variabilidade na disponibilização dos recursos, não sendo algo uniforme, pois dependeria da necessidade de cada indivíduo, mesmo em uma demanda coletiva.

Ingo Sarlet¹³², Gustavo Amaral¹³³, Flávio Galdino¹³⁴ e outros afirmam que todos os direitos fundamentais (defesa e prestacionais) são sempre positivos, isto é, mesmo as liberdades, direitos e garantias precisam de um montante financeiro para a sua implementação e proteção. No mesmo sentido Nabais¹³⁵ quando suscita que independentemente dos custos que envolvem os direitos fundamentais, os dispêndios servem, igualmente, para que o Estado efetue a própria defesa da pátria.

Ocorre que, será possível dizer que um direito de propriedade deve merecer um maior dispêndio econômico em relação a direitos sociais como saúde, educação, segurança pública. Atualmente, esses direitos devem ser considerados como de primeira linhagem e parte da engrenagem principal de um Estado intitulado como social o que ratifica sua essência fundamental.

Como citado, o Estado tem o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, porém, em regra, no primeiro, típico dos direitos negativos, não há gastos públicos; diferentemente dos segundo e terceiro mais relacionados aos direitos prestacionais e que há gastos condicionados à reserva

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.285.

¹³³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹³⁴ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro, 2005. p. 139-222.

¹³⁵ NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudo sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175 e ss.

do possível.

O direito reconhecido de um cidadão à saúde, à educação, à segurança pública, à liberdade de religião, à liberdade de ir e vir, não ocasiona diretamente o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado, diferentemente quando o Estado precisa proteger (violação de direitos fundamentais) e promover (criar os mecanismos para utilização desses direitos), pois uma coisa é a previsão de um direito e outra é ter acesso aos direitos fundamentais.

Diante disso, no direito de defesa, de não intervenção estatal, de conduta negativa, regra geral, o cidadão caso esteja sendo tolhido indevidamente, em não poder professar a sua fé, seu direito de reunião, sua opção sexual, ou mesmo em um direito social não prestacional como a liberdade de associação sindical ou greve, poderá interpor ações devidas no judiciário e com aplicação imediata, sem a preocupação de haver ou não legislação ou recursos financeiros. Por outro lado, os direitos sociais prestacionais, em regra, consideram o oposto, pois o Estado, como destinatário da norma, deve atuar, promovendo esses direitos, e, para isso, a reserva do possível é imprescindível.

Os direitos sociais prestacionais, portanto, estão vinculados diretamente a uma distribuição e gastos de recursos para atingirem o seu fim, e os direitos de liberdade independem diretamente de disponibilidade financeira. Em tese, a liberdade de opções para ser assegurada não está adstrita diretamente ao fator econômico, contrariamente quando da disponibilização de um serviço público médico hospitalar. Cabe frisar que, em determinadas circunstâncias esse argumento perde a importância, haja vista a possibilidade de um direito social positivo ser caracterizado ora negativo, ora positivo.

Os direitos de liberdade, apesar da singeleza da diferenciação, da mesma forma que os sociais prestacionais precisam de recursos, eis que para ser garantida a liberdade, seja de

reunião, opção sexual, etc, carece da atuação da polícia, do judiciário, do ministério público, o que acarreta despesas públicas.

O direito reconhecido à saúde, à educação, à segurança pública e à liberdade não ocasiona diretamente o dispêndio de recursos financeiros por parte do Estado, diferentemente quando o Estado precisa protegê-los (violação de direitos fundamentais) e promovê-los (criar os mecanismos para utilização destes direitos), isso porque uma coisa é a previsão de um direito e outra é ter acesso aos direitos fundamentais. Nos direitos de liberdade, em casos específicos, sua natureza passa a ser prestacional, daí a relevância, como ensina *Bonavides*¹³⁶, de se falar em direitos fundamentais propriamente ditos.

Então, qual o motivo da diferenciação entre os direitos negativos e positivos? Segundo *Virgílio Afonso*¹³⁷ os direitos sociais “custam mais dinheiro”, e os gastos se dividem em: “institucionais” e “sociais”; os primeiros inerentes a todos os direitos (positivos e negativos, com a manutenção das instituições), e os segundos referentes aos direitos sociais, demonstrando uma maior dimensão econômica.

Necessariamente, os direitos sociais prestacionais não custam mais caros que os direitos de liberdade, porém, nestes últimos, o Estado tem como prever e organizar os gastos; nos direitos sociais, em regra, não há como fixar um gasto estável, por isso a importância e necessidade do princípio da reserva do possível.

Os direitos de liberdade, mesmo sendo fundamentais, diante da reserva geral imanente de ponderação, não são absolutos, pois um direito deverá prevalecer sobre o outro, não havendo impedimento de uma judicialidade. Nos direitos sociais, além da possibilidade da ponderação, mister se faz a observân-

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999, p.515.

¹³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.231 e ss.

cia da reserva do financeiramente possível que, por sua vez, vai gerar uma maior dificuldade de controle da justiça constitucional. A limitação desses direitos em face de outros igualmente dignos de proteção não tolhe a natureza jusfundamental.

Ademais, quando alguém reivindica um direito à saúde, à habitação ou à segurança pública, direitos vinculados a uma disponibilidade financeira não deixam de ser fundamentais, prevalecendo a teoria externa, devendo precisar que a reserva do possível, apesar de relevante, não é condição para aquisição do direito.

A escassez de recursos não pode servir de esQUIVA do Estado para descumprir, de maneira generalizada, sem fundamentação plausível e sem progressividade social com seus deveres constitucionais. Conclui-se: não só os direitos negativos, mas os direitos positivos podem ser judicializados diante de uma omissão ou ação Estatal desidiosa, sem que haja uma fratura no princípio da separação dos poderes.

O fato é que, de uma forma ou de outra, em qualquer dos direitos analisados, prestacionais ou não, como regra, seja para mais, seja para menos, o Estado terá que disponibilizar verbas públicas, e a diferença, sem perder a característica da fundamentalidade, será que nos direitos prestacionais é condição *sine qua non* a reserva do possível, já nos direitos de liberdade, não.

VIII PROGRESSIVIDADE SOCIAL E A EXCEPCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL

VIII.I PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E A PROGRESSIVIDADE

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais – PIDESC¹³⁸, em que o Brasil é signatário, no seu artigo 2, item 1, prevê que cada Estado-parte comprometa-se, até o máximo das possibilidades financeiras, a cumprir o acordado, em especial no seu art. 12, item 1¹³⁹, o direito das pessoas de desfrutarem de saúde física e mental. Com isso, se percebe que a efetivação de todos os direitos sociais não ocorrerá em um único instante, mas de maneira gradual, progressiva.

Dessa forma, no aspecto da progressividade dos direitos sociais, reconhece-se que o Estado, de imediato, não conseguirá, diante da limitabilidade de recursos, atender todas as questões sociais, por isso, deve, de maneira gerenciada e crescente, atender às necessidades sociais, por se tratar de um direito fundamental. Não pode ocorrer é a estagnação ou a não atuação dos poderes legítimos na implementação dos direitos sociais, o que configuraria uma desídia estatal passível de sindicabilidade.

É perceptível que os direitos sociais devem ser conferidos a terceiros como direitos subjetivos públicos¹⁴⁰ progressivos, e o princípio da progressividade como premissa primeira da concretude desses direitos.

VIII.II. A EXCEPCIONALIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL, O DESTINATÁRIO DA NORMA E A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A reserva do possível deve ser utilizada pela Administração Pública de maneira excepcional, e não, como corriqueiramente argui-se, eis que negar os direitos fundamentais sociais

¹³⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138.

¹³⁹ Artigo 12, item 1, do PIDESC: “*Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*”.

¹⁴⁰ BRITO, Wladimir. *Que direitos sociais? Um standard mínimo lusófono de direitos sociais?*. In: *Boletim da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 125.

é o mesmo que negar a força normativa da Constituição, além do que, o judiciário, assim como nos direitos de liberdade, nos conflitos envolvendo direitos sociais, mesmo atento ao financeiramente possível, deve realizar uma reserva geral imanente de ponderação¹⁴¹ entre princípios acerca das escolhas estatais.

*Barcelos*¹⁴² sobre a temática: *"A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico de deliberação político-majoritária; salvo quando essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais... é certo que a delegação envolvida na representação política não é absoluta; não se trata de um cheque em branco"*.

A competência orçamentária, no Brasil, conforme artigo 165 e seguintes da CRFB, é do poder legislativo, pois o poder político tem a obrigação de definir a destinação dos recursos, controlar o dinheiro público, mas as escolhas e os gastos devem ser motivados, com uma justificativa plausível, caso contrário a decisão final, em um sistema de freios e contrapesos, deve ser do judiciário.

O que se está a afirmar não é a inversão de papéis entre os poderes, mas que eles atendam os fins prioritários previstos na Constituição Federal.

O simples fato de um parlamentar, de um prefeito, de um governador ou de um presidente da república ser eleito pelo voto popular não é sinônimo de "poder irrestrito", ao contrário, quando não cumprirem os objetivos primeiros de uma Constituição Federal, o que era legítimo passa a ser ilegítimo, e, conseqüentemente, não haverá óbice à intervenção judicial.

O princípio da eficiência, por sua vez, também deve ser observado, pois o Estado para ser eficiente, seus administrado-

¹⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93 e ss.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. Revista Diálogo Jurídico. nº 15. Janeiro/fevereiro/março. Salvador-Ba. Disponível em: < www.direitopublico.com.br >. Acesso em: 23 de out. de 2013, p. 14.

res precisam saber gerenciar as despesas públicas, evitando gastos desnecessários, nos termos dos artigos 37¹⁴³ e 169, parágrafos 3º e 4º¹⁴⁴, da CRFB.

No âmago da reserva do possível nos direitos sociais¹⁴⁵, um fator que deve ser observado é a separação de poderes, assunto já abordado, isto é, não se trata de saber quem tem “mais força”, se o juiz, se o administrador ou se o legislador, mas que, em um Estado Democrático de Direito, em uma conjectura de escassez de recursos, o essencial é a definição e efetivação de prioridades que estão traçadas na Lei Maior.

IX. O ÔNUS DA PROVA, A RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Código de Processo Civil Brasileiro, no seu artigo 333 e incisos¹⁴⁶, trata da questão do ônus da prova, daí a parte que não conseguir demonstrar seu argumento ficará em situação desfavorável quando do julgamento de uma ação.

É incompreensível o Estado, em uma lide, sem expor nenhuma justificativa plausível, alegar a incapacidade financeira na efetivação de um direito social básico à saúde, até porque se sabe que, em maior ou menor volume, dinheiro sempre existe nos cofres públicos, mas o fundamental é o Estado demonstrar que o investimento seguiu uma lógica de prioridades e racionalidade, caso contrário, em sendo provocado, o judiciário

¹⁴³ Artigo 37 da CRFB: “A administração pública direta e indireta [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

¹⁴⁴ Artigo 169 da CRFB: “A despesa com pessoal [...] não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar [...]”

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra:Coimbra editora,2010, p. 116.

¹⁴⁶ Art. 333 do Código de Processo Civil: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

deve assegurar o direito tutelado, seja ponderando princípios ou aplicando o mínimo necessário em um caso concreto.

Outro ponto já tratado, mas de extrema importância, é a relação que deve existir entre o princípio da reserva do possível e o princípio da igualdade, ou seja, a Administração Pública aduz em inúmeras situações que é inviável atender a uma demanda social individual, com o argumento de que se todas as pessoas que estiverem na mesma situação fizessem o mesmo o Estado iria à bancarrota.

Ocorre que, o argumento retro deve ser analisado com ressalvas pelo Poder Judiciário, sobretudo porque individualmente as pessoas têm o direito constitucional de acesso a uma jurisdição na solução de um conflito, bem como o Estado deve provar que havendo o reconhecimento de uma demanda individual acarretará o ajuizamento de inúmeras ações no mesmo sentido e a sua falta de condição financeira, além do que, em sendo a pretensão individual razoável, deve ser assegurada pelo Estado seja por ser um direito fundamental, seja por respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 12, item 1, reza: "Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental".

Ao juiz incumbe, tão somente, a função de avaliar a relevância da dificuldade financeira apresentada pelo poder político¹⁴⁷, no sentido de reconhecer ou não uma pretensão individual em matéria de direito social prestacional, e não conhecimento técnico na distribuição de recursos e em políticas públicas.

O que se está a afirmar não é a inversão de papéis entre os poderes, pois a definição da alocação de recursos públicos deve partir do Poder Legislativo e a implementação das políti-

¹⁴⁷ NOVAIS. Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.p. 117.

cas públicas por intermédio do Poder Executivo desde que atendam os fins prioritários previstos na Constituição Federal.

O parágrafo segundo, do artigo 198¹⁴⁸ da Carta de Outubro dispõe sobre os recursos mínimos em saúde (fim básico) que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, daí em não havendo respeito a essa norma, ou, mesmo que haja, não consiga atender a todos aqueles que precisam de um sistema de saúde digno, não há outra saída a não ser a provocação do poder judiciário para fazer garantir a regra constitucional e o mínimo existencial, impedindo que o dinheiro público seja mal aplicado, com o que não é tão urgente.

X O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO NA ÓTICA DE SEUS DOIS VIÉS E O CONTRAPONTO COM O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou proibição do excesso, nascido na Alemanha, após a segunda grande guerra mundial, mesmo sem previsão constitucional, foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão como princípio de estado de direito. Assim, os atos dos poderes públicos não poderiam ser ilimitados na elaboração das leis, *mutatis mutandis*¹⁴⁹, como no Estado Absolutista.

¹⁴⁸ Artigo 198 da CRFB: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º”.

¹⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade deve ser visto sob dois aspectos, o primeiro em uma visão garantista negativa, tomando por base a proteção contra os abusos estatais; o segundo na perspectiva de um garantismo positivo, no caso de o Estado deixar de proteger de maneira suficiente os direitos fundamentais¹⁵⁰. Nota-se a necessidade bifásica da proporcionalidade, coibindo os excessos e protegendo as conseqüências de uma inação em relação aos direitos fundamentais.

O presente estudo visa analisar a proteção do déficit, nas hipóteses em que o Estado, injustificadamente, não assegura direitos fundamentais básicos, em especial, ausência ou ineficiência de assistência médica, de medicação, estrutura adequada, etc. Aqui, claramente, percebe-se a situação deficitária do Estado. Portanto, como ensina Canotilho há um defeito de proteção¹⁵¹.

O princípio da proteção deficiente tem sua origem no direito penal diante da falta ou diminuta punição em bens jurídicos relevantes, todavia, neste caso, analogicamente, será aplicado aos direitos sociais (saúde), quando de uma omissão ou de uma conduta sem proporcionalidade do poder público.

É o que decidiu o STF na ADPF 45-9¹⁵² em relação à proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003

Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

NOVAIS, Jorge Reis. Princípio Constitucional Estruturantes da república Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 161.

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: Da Proibição do Excesso à Proibição Deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da AJURIS- Associação dos Juizes do rio Grande do Sul. v. 32, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 179.

¹⁵¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273.

¹⁵² STF, Relator: Ministro Celso de Melo, ADPF 45, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Julgamento em 29/04/2004, Publicada em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 12 out 2013.

(LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual do ano de 2004. O autor da presente ação constitucional sustentou desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

A Corte Maior fez menção à expressão “alvos prioritários dos gastos públicos”, ou seja, posteriormente ao atingir o que é essencial, o Estado atuará em outras áreas. Pergunto: É proporcional gastar milhões de reais em propaganda de governo, em carros oficiais para autoridades, em obras faraônicas, estádios para copa do mundo, olimpíadas, etc, e deixar faltar medicamentos, seringas, equipamentos, profissionais especializados, seres humanos perdendo a vida em filas de hospitais, etc? A resposta é negativa, diante da inobservância do princípio da proporcionalidade nos dois aspectos: excesso e proteção deficiente. Neste caso específico, a separação de poderes não impede que o judiciário, diante da harmonização dos poderes, intervenha.

O Estado tem o dever de adotar medidas que oportunizem direitos fundamentais, caso contrário, está-se diante de uma falta de ação não permitível e, acima de tudo, inconstitucional.

Nesta fase do trabalho, para que se possa compreender a proibição da insuficiência ou proibição do *défice*, como ensina *Reis Novais*, em questões de direitos sociais prestacionais há, paralelamente, a necessária observância do princípio da reserva do possível, daí se torna decisivo o poder judiciário realizar, quando instigado, um balanceamento entre o direito fundamental, a disponibilidade econômica do Estado e a capacidade financeira do beneficiado, impedindo que o argumento financeiro, por si só, tolha o reconhecimento da insuficiência da proteção estatal. Em havendo alguma argumentação estatal plausível, mesmo assim, o mínimo do direito à saúde deve ser asse-

gurado.¹⁵³

Percebe-se que não pode haver excessos, diante das múltiplas necessidades sociais e do limite orçamentário, por parte da atividade judicante na concretização de direitos, além do respeito à vontade do legislador; mas também é inconcebível em um Estado Constitucional de Direito¹⁵⁴, no qual a Constituição possui força normativa, com aplicabilidade imediata, e que as pessoas devem ser o centro do sistema, não haja o mínimo de atuação estatal contra a redução e até mesmo a supressão de direitos sociais prestacionais básicos.

A reserva do possível, a não ser em uma situação de total escassez de recursos, não pode prevalecer sobre o mínimo existencial.

Na proibição do excesso, portanto, não basta dizer, com a redundância inevitável da situação, que é excessiva uma restrição, tem-se que demonstrar o abuso, principalmente, em decorrência dos subprincípios ligados a este princípio, dentre eles: a aptidão ou idoneidade, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito, razoabilidade e determinabilidade.

De maneira simplória, na aptidão deve o meio contribuir para o fim, p. ex, uma lei que determina às autoridades que não investem, diante da má gestão da coisa pública ou por ausência de vontade política, o suficiente ou o determinado constitucionalmente, e que tem como sanção ao administrador da res pública a perda de todo o patrimônio privado, percebe-se que é uma lei apta a atingir o seu fim. Mas é constitucional?

Observando concomitantemente a indispensabilidade ou meio menos restritivo, no caso acima, existem outras medidas de somenos radicalidade? Possivelmente que sim, por exemplo,

¹⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra. Coimbra editora, 2004, p. 161 e ss.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista da AJURIS- Associação dos Juizes do rio Grande do Sul. v. 32, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 112.

como já existe no Brasil, o gestor, na esfera cível, ser responsabilizado em ação de improbidade administrativa por desrespeito aos princípios constitucionais, nos termos do artigo 11 e incisos, da Lei 8.429/92¹⁵⁵. No campo penal, no Capítulo referente aos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, dentre eles¹⁵⁶: peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão, etc. Em relação à responsabilidade civil, a CRFB¹⁵⁷ é clara ao expositar que os agentes do Estado caso causem danos a terceiros serão responsabilizados. A reflexão é saber se são medidas que, diante da gravidade das condutas, são ou não suficientes.

Nesta seara, seguindo a ideia de proibição do excesso, a medida primeira é proporcional? Há uma relação equilibrada entre o benefício alcançado e o sacrifício imposto? Em uma visão mediana é clara a desproporcionalidade, pois o administrador público desidioso passaria a não ter meios de sobreviver, o que feriria a sua própria dignidade, e ao invés de resolver um problema, ter-se-iam dois.

Agora, o princípio da proibição da proteção deficiente não é sinônimo de que o Estado-Legislador, através da norma, ou o Estado-Administrador, mediante políticas públicas, não possam restringir, de maneira ponderada, um direito fundamen-

¹⁵⁵ Lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências

¹⁵⁶ Código Penal : “Art. 312 - *Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. [...] Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.[...]* Art. 316 - *Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa”*

¹⁵⁷ Artigo 37, parágrafo sexto da CRFB: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.”

tal, já que não existe direito absoluto e, em determinadas situações, um direito pode prevalecer sobre o outro.

XI ASPECTOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DO DIREITO À SAÚDE

Anteriormente á Suspensão de Tutela Antecipada nº 91¹⁵⁸ de 02. 2007, as decisões envolvendo saúde no Supremo Tribunal Federal, em especial, no fornecimento de medicamentos ou tratamento, eram favoráveis, sem qualquer tipo de aprofundamento específico acerca da natureza peculiar dos direitos sociais prestacionais, sobretudo a figura da escassez de recursos como fonte de possível indeferimento de algumas demandas. O direito era reconhecido sem o sopesamento da necessidade e a capacidade financeira estatal, situação que pode ser, perfeitamente, visualizada nos Recursos Extraordinários n(s)º 273.834, 198.265 e 232.335/RS¹⁵⁹.

Por outro lado, reconhecendo um direito público absoluto à saúde, o Ministro Celso de Melo, no Recurso Extraordinário nº 393.175¹⁶⁰, com a devida vênia, sem nenhuma análise da problemática dos direitos sociais prestacionais, em especial, na discricionariedade do gestor nos investimentos e na limitação dos recursos econômicos, apenas aduziu que: razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível

¹⁵⁸ STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, STA 91 AL, Julgamento em 26/02/2007, Publicada em 05/03/2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 23 out 2013.

¹⁵⁹ STF, Relator: Min. Sydney Sanches, RE 198263 RS, julgamento: 12/02/2001, publicação DJ 30/03/2001; STF, Relator: Celso de Mello, RE 232335 RS, julgamento: 01/08/2000, publicação DJ 25/08/2000 e STF, Relator: Celso de Mello, RE 273834 RS, julgamento: 23/08/2000, publicação DJ 18/09/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁶⁰ STF, Relator: Celso de Mello, RE 393175 RS, julgamento 01/02/2006, publicação DJ 16/02/2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>>. Acesso em: 20 out 2013.

opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.

Quando o STF, no RE 271/286/RS¹⁶¹, rel. Min. Celso de Melo, reconheceu, aos portadores do vírus HIV, um direito público à saúde como prerrogativa jurídica indisponível à generalidade das pessoas, diante da redação do art. 196 da CF, com o devido respeito, deve ser visto como um mínimo existencial que deve ser assegurado ao ser humano, pois não há vida digna se não houver um mínimo à saúde, como também o enfoque deveria ter ocorrido com base na igualdade material e não só na formal.

O grave comportamento institucional de Poder Público acontece não pelo fato de não conseguir atender satisfatoriamente a todas as pessoas que carecem de um medicamento ou um tratamento de saúde, diante da finitude dos gastos, mas pelo fato da Administração Pública não ser coerente com o Texto Constitucional no momento em que não é criteriosa nos investimentos e nas políticas públicas, em um nítido caráter de injustificável inadimplemento da obrigação estatal. No mesmo sentido, deve-se interpretar, cautelosamente, a célebre frase do Ministro Celso de Melo: *a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional in-consequente*¹⁶².

Na Petição nº 1246¹⁶³ da lavra do Ministro Celso de Melo fora apresentada a figura da ponderação para dirimir

¹⁶¹ STF, Relator: Celso de Mello, RE-AgR 271286 RS, julgamento: 11/09/2000, publicação DJ 24/11/2000. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁶² STF, Relator: Min. Celso de Mello, ARE 685230 MS, julgamento: 05/03/2013, publicação DJe-056 de 25/03/2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22832332/recurso-extraordinario-com-agravo-are-685230-ms-stf>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁶³ STF, Petição nº 1246, Ministro Celso de Melo, DJ 13/02/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028211/medida-cautelar-na-peticao-pet-1246-sc-stf>>. Acesso em: 12 out 2013.

questões envolvendo o fornecimento de medicamento para assegurar o direito à vida, e o aspecto financeiro do Estado. Aqui a decisão se pautou em considerar a figura econômica como secundária e que a vida sempre prevalecerá. Mais uma vez, percebo que são citadas “frases de efeito” e genéricas pelo Pretório Excelso, a uma, porque na minha perspectiva a falta de recursos econômicos, técnicos, pessoais, etc é uma realidade que não se pode suprimir, pois sem ela não é possível vingar o direito à saúde; a outra é que em uma ponderação de princípios não haverá em todos os casos o mesmo resultado, daí pode ser que em algumas situações específicas prevaleçam a falta de recursos, já que pode ter existido um investimento razoável em outro campo da saúde pública no qual mais pessoas serão atingidas.

No mesmo sentido do acima expositado foi o voto do Ministro Sidney Sanches no RE nº 198263/RS¹⁶⁴ em relação ao fornecimento de medicação. Sendo a crítica á mesma já expendida.

Trilhando a evolução de julgados do Supremo Tribunal Federal no direito fundamental à saúde encontra-se o AI nº 238.328¹⁶⁵, no qual o Ministro Marco Aurélio passou a falar em atividades precípuas do estado como educação, saúde e segurança pública, fruto de receitas advindas de impostos. Aqui, na minha concepção, é uma tendência na afirmativa de que o Poder Público deverá priorizar os investimentos nesses setores. A crítica que faço é que mesmo com a elevada carga de tributação para manutenção dessas atividades não é o suficien-

¹⁶⁴ STF, Relator: Min. Sydney Sanches, RE 198263 RS, julgamento: 12/02/2001, publicação DJ 30/03/2001; STF, Relator: Celso de Mello, RE 232335 RS, julgamento: 01/08/2000, publicação DJ 25/08/2000 e STF, Relator: Celso de Mello, RE 273834 RS, julgamento: 23/08/2000, publicação DJ 18/09/2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 out 2013.

¹⁶⁵ STF, Relator: Min. Marco Aurélio, AI 238328 RS, julgamento: 30/03/1999, publicação DJ 11/05/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757643/agravo-de-instrumento-ai-238328-rs-stf>>. Acesso em: 20 out 2013.

te, na medida em que as necessidades tendem a aumentar e os recursos a estagnarem ou, no mínimo, as receitas não acompanham as despesas. O importante, assim, é saber distribuir, racionalmente, e nos diversos setores, o dinheiro público.

A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 45¹⁶⁶ da relatoria do Ministro Celso de Melo, em relação aos decididos alhures analisados, passou a mudar o contexto, eis que começou a tratar o direito à saúde na perspectiva da reserva do possível, no sentido de que o Judiciário somente deverá intervir, excepcionalmente, em matérias relacionadas com políticas públicas, e que a limitação de recursos não pode ser ignorada.

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9¹⁶⁷, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, categorizou que ao órgão Estatal é que cabe provar uma lesão aos cofres públicos, ou seja, que a reserva do possível não pode ser alegada indistintamente. No caso, o resultado foi a concessão de medicamento em demanda individual.

A citada decisão ainda trouxe o binômio razoabilidade da pretensão em face do Poder Público, e disponibilidade financeira do Estado. Acontece que, pecou em não definir critérios objetivos acerca dos assuntos tratados e que pudessem ser utilizados por profissionais da área jurídica na concretude do direito à saúde.

O divisor de posicionamento do Supremo Tribunal Federal nasceu com a Suspensão de Tutela Antecipada nº 91¹⁶⁸,

¹⁶⁶STF, Relator: Ministro Celso de Melo, ADPF 45, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Julgamento em 29/04/2004, Publicada em 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 13 out 2013.

¹⁶⁷ STF, Decisão da Presidência, Relator: Min. Gilmar Mendes, STA 268-9 RS, Julgamento em 22/10/2008, Publicada em 22/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/sta268.pdf>>. Acesso em: 12 out 2013.

¹⁶⁸ STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, STA 91 AL, Julgamento em

na qual a então Presidente da Corte Constitucional, Ministra *Ellen Gracie* precisou a não obrigatoriedade de fornecimento de remédio por parte do Estado, visando limitar recursos, racionalizar gastos e benefícios com o objetivo de atender um maior número de cidadãos. Assim, o direito à saúde passou a ser entendido nos tribunais não como algo, meramente individual, mas, também, coletivo, dependente da razoabilidade e de recursos. O *decisum* da Ministra Ellen Gracie, por outro lado, limitou o fornecimento de medicação aos previstos na Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde¹⁶⁹.

Entendo que deve ser pontuada a decisão acima, no que diz respeito ao vínculo que deve haver entre a disponibilidade de medicação e a portaria do Ministério da Saúde, pois, a depender do caso, não impede exceções.

A própria julgadora, nas Suspensões de Segurança nº 3205, 3158, e 3231¹⁷⁰, reconhece que a exigência de respeitar a portaria do Ministério da Saúde sobre o fornecimento de medicação é relativa e deve ser à luz do caso concreto.

Em matéria jurisprudencial, necessário se faz trazer ao debate a decisão suspensiva proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em sede de suspensão de tutela antecipada nº424¹⁷¹ da União Federal contra decisão

26/02/2007, Publicada em 05/03/2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 12 out 2013.

¹⁶⁹ Portaria do Ministério de Estado de Saúde n.º 1.318/GM, de 23 de julho de 2002, Ministro da Saúde Barjas Negri.

¹⁷⁰ SS 3205 AM: STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 31/05/2007, Publicada em 08/06/2007, PP 023; SS 3158 AM: STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 31/05/2007, Publicada em 08/06/2007, PP 022; SS 3231 RN: STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 28/05/2007, Publicada em 01/06/2007, PP 022. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 out 2013.

¹⁷¹ STF, Decisão da Presidência, Ministro Gilmar Mendes, STA 424, Julgamento em 20/04/2010, Publicada em 30/04/2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133128/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-424-sc-stf>>. Acesso em: 12 out 2013.

agravada, e que foi prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual determinou que o Estado disponibilizasse determinado medicamento a portadores de microcefalia.

O *decisum* em tela não reconheceu um direito público subjetivo ou coletivo absoluto à saúde, contudo ponderou até que ponto a judicialização deve atuar sem tumultuar e prejudicar as decisões políticas e administrativas em um panorama de necessidades infinitas e de recursos lato sensu limitados.

Dessa maneira, o primeiro ponto é saber se já há políticas públicas em relação ao pleiteado, pois em sendo disponibilizado esse serviço de saúde ou medicamento, não tem que se falar que o Judiciário está a criar políticas públicas, pois, apenas, ordenará que as mesmas sejam adimplidas.

O segundo aspecto é perceber o porquê, a motivação do SUS (Sistema Único de Saúde) em não incluir algum serviço, medicação ou tratamento de saúde, isto é, se foi por ausência de evidência científica, se não há tratamento para determinada doença, se não houve o reconhecimento de medicamento pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), se o paciente quer receber uma medicação ou tratamento mais custoso alegando ser mais eficiente do que o oferecido pelo Poder Público, etc.

O terceiro ponto é que, em não havendo um critério, nas escolhas do Poder Judiciário em matéria de saúde, gerará grave lesão a ordem administrativa com o comprometimento do SUS e, por extensão, prejuízos a uma parcela da população mais necessitada.

Na suspensão de tutela antecipada em comento, o Tribunal Constitucional, no voto do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a decisão do TRF da 4ª Região desrespeitou portaria do SUS (Sistema Único de Saúde) e, portanto, representou lesão à ordem pública¹⁷².

¹⁷² GROSS, Alexandre Felix. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. Revista do

Em sentido análogo foi a decisão, na época, da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, em que acatou os fundamentos da suspensão de tutela antecipada nº 139¹⁷³ em face de existirem outros medicamentos eficazes no combate á doença do paciente, mas com custos menores e que constavam de portaria do Ministério da Saúde.

XII. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são aqueles de maior importância na organização do Estado e estão entrelaçados com o princípio da dignidade da pessoa humana visando o desenvolvimento da personalidade do ser humano, seja o Estado se abstendo de intervir nas liberdades, seja adequadamente prestando serviços públicos, o que, nos dois casos, apesar das peculiaridades, envolvem custos, como bem exemplifica, o direito negativo do Estado respeitar os direitos de liberdade, como também o de promover os direitos prestacionais. A diferença é que o primeiro está inserido no contexto institucional e o segundo encontra-se, constantemente, em processo mutacional e sem um quantificador financeiro exato.

Com o advento da CRFB instalou-se a constitucionalização do direito brasileiro, diante da força normativa atribuída à Carta de Outubro, acarretando com a ascensão do Poder Judiciário que passou a decidir, quando provocado, questões originárias da Constituição que antes eram vistas, eminentemente, como assuntos políticos, em especial, o direito á saúde. È que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e, por isso, quando desrespeitadas geram um direito subjetivo.

Tribunal Federal da 1º Região. v. 1, n.1. out./dez. Brasília: TRF 1º Região, 2012, p.58.

¹⁷³STF, Decisão da Presidência, Ministra Ellen Gracie, STA 139 RN, Julgamento em 31/08/2007, Publicada em 10/09/2007, PP 020. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139262/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-139-rn-stf>>. Acesso em: 03 set 2013

A CRFB textualiza, no seu artigo 5º, parágrafo 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, impedindo que os direitos previstos no Texto Maior não passem de uma letra morta. Ocorre que, nem toda norma constitucional possui aplicabilidade imediata, contudo a que define direitos fundamentais tem, ainda que minimamente, alguma aplicabilidade.

Entendo, portanto, que os direitos sociais prestacionais, no aspecto do mínimo, são fundamentais, pois fazem parte de um núcleo de valia, como também o indivíduo, quando se sentir lesado, poderá valer-se contra o arbítrio estatal. Agora, em relação aos graus máximos e médios desses direitos, em princípio, devem ser assegurados pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que não significa dizer que o Judiciário não possa intervir, como aqui dito, para garantir o mínimo existencial social. Por isso, chamo esses direitos de normas programáticas *sui generis*.

A diminuta quantia de recursos, única e exclusivamente, reitero, não é óbice ao cumprimento do direito fundamental à saúde por envolver a vida humana e o mínimo de dignidade¹⁷⁴, contudo é imprescindível a atuação judicial a fim de se aferir a proporcionalidade das ações estatais, salvo se prevalecer o interesse público.

A definição e mensuração de mínimo existencial deve ser entendida, regra geral, nas prioridades constitucionais fundamentais, salvo quando o Estado demonstrar que, diante de uma pobreza excessiva, até o mínimo deva ser restringido em escolhas trágicas.

Dessa maneira, é preciso reconhecer que não se tem como o Estado atender a todos, pois há limites de toda natureza, isso porque comparativamente com as necessidades, os re-

¹⁷⁴ LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito Brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. Revista do Direito Sanitário. v. 9, nº 1, Mar/jun. São Paulo. 2008, p. 50/69.

cursos financeiros, humanos e técnicos são escassos, mas o razoável ou/e o mínimo devem ser assegurados.

Por isso, o reconhecimento de um direito individual à saúde, não é *conditio sine qua non* de que haja, igualmente, uma realização, uma efetivação, um sucesso coletivo de pessoas que se encontram na mesma situação, pois se está a falar em dispêndio de vários fatores. A importância do julgador seguir critérios em ações dessa espécie (saúde) é efetivar os alvos prioritários garantidos constitucionalmente, atingindo, sobretudo, as pessoas com poucos recursos, eis que a universalidade deve ser medida à luz da igualdade.

Finalizo expressando uma das características essenciais do novo direito constitucional, a qual menciona que as normas expressas no corpo de uma Constituição devem ser pautadas na verdade, pois o legislador originário não deve criar direitos que, praticamente, não serão concretizados. Essa, portanto, é a dificuldade de países que buscam o predomínio de um Estado Social, com os gastos sendo assegurados, na maior parte, pelo Estado, quando, na verdade, deveriam fomentar a iniciativa privada, associações civis, igrejas etc, com custos módicos, no auxílio a efetivação de direitos sociais prestacionais.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Ma-

¹⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.) Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592.

- drid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 498.
- _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012.p.499.
- ALMEIDA, Dayse Coelho. A Fundamentalidade dos Direitos Sociais. Revista do TRT 6º Região. Tribunal Regional do trabalho da 6º Região, Setor de Comunicação Social. Ano 1, nº 1, out. Recife: O Tribunal, 1967. p. 42.
- AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 114/115.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina. 2006, p.386.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 256.
- _____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. Revista Diálogo Jurídico. nº 15. Janeiro/fevereiro/março. Salvador-Ba. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 de out. de 2013, p. 14.
- _____. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira;
- BARROSO, Luís Roberto (org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2008. p. 809.
- _____. O Direito Constitucional e a efetividade de suas nor-

- mas. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 113 e ss.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 393.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999, p.515.
- BORGES, Tarcísio Barros. A Eficácia dos Direitos Sociais e o Princípio da Reserva do Possível. Revista ESMAFE. Recife. nº 18, 2008. p. 88.
- BRITO, Wladimir. Que direitos sociais? Um standard mínimo lusófono de direitos sociais?. In: Boletim da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 125.
- CALIENDO, Paulo. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 200 e ss.
- CANELA JUNIOR, Oswaldo. Trabalho de Doutorado na Universidade de São Paulo. A Efetivação dos Direitos Fundamentais através do processo Coletivo: Um novo Modelo de Jurisdição. p. 17-19. Citado no artigo de Grinover. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. p. 118/119.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1371.
- _____. Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Coimbra: Almedina, 2004. p. 32.
- _____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra editora, 1988, p. 165.
- _____. MOREIRA Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume 1. 1ªed. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2007.p. 374.
- _____. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra. Coimbra editora, 1991. p. 130.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 10º ed. Salvador: Podivm, 2011, p. 72.

- _____. NOVELINO, Marcelo. Teoria, Súmulas, Jurisprudência: Constituição Federal. Salvador: Podivm, 2010, p. 691
- DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. Revista de Saúde Pública. São Paulo, v. 22, nº 4, p. 327-224, Ago. 1988.
- DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 2º ed. London: Duckworth, 1978, p. 24/26.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 343 e ss.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental á Saúde: Parâmetro para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 138.
- GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Rio de Janeiro, 2005. p. 139-222.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional das políticas públicas. 2º ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 126.
- GROSS, Alexandre Felix. Atuação do STF na efetivação do direito à saúde no Brasil: Perspectivas da judicialização entre escassez e políticas públicas. Revista do Tribunal Federal da 1º Região. v. 1, n.1. out./dez. Brasília: TRF 1º Região, 2012, p.58.
- HOMES, Stephen; CASS, Sustain. The Cost of Rights: Why Librty Dependes on Texas. Nova Iorque : W.W. Norton & Company, 1999.
- LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no Direito Brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. Revista do Direito Sanitário. v. 9, nº 1, Mar/jun. São Paulo. 2008, p. 50/69.
- LUÑO. Antonio Henrique. Derechos Humanos. Madri: Tecnos, 1990. p. 318.

- MARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolhas: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.81.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. in: RDP nº 57-58(1981), p.245.
- MENDES, Gilmar. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 567.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV. 5ªed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.p.113.
- NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudo sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175 e ss.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direitos Democrático. Curitiba: Unibrasil. 2006, p. 33 ss.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p.25.
- NOVAIS, Reis apud Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais. Tomo IV, 5º ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 108.
- NOVAIS. Jorge Reis. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editora, 2010.p. 117.
- NOVELINO, Marcelo apud SARMENO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2008. p. 809
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4º ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 104.
- PANSIERI, Flávio. Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir à moradia. São Paulo: Saraiva,

2012. p. 14.

SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais: As normas programáticas e a crise constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 204, 26 de jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4731>>.

Acesso em 22/10/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 261.

_____. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Revista Panóptica. Ano 1, nº 4. Dez. 2006. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ingosaude.pdf> Acesso em: 23 de out. de 2013. p. 13.

_____. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC. nº 9, jan/jun. 2007. p. 368

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista da Defensoria Pública. Ano 1. nº 1. Jul./dez. 2008.p. 188/189.

SARLET, Ingo. Constituição e Proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista da AJURIS- Associação dos Juízes do rio Grande do Sul. v. 32, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 112.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 280 e SS.

- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 569.
- SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. Revista de informação legislativa. Brasília. Ano 45. Nº 177. p. 260.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.231 e ss.
- SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as Políticas públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.) Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592.
- STRECK, Lênio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: Da Proibição do Excesso à Proibição Deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da AJURIS- Associação dos Juízes do rio Grande do Sul. v. 32, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 179.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.701.
- VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler. O direito à saúde e os determinantes sociais. Revista da Defensoria Pública. Ano 1, nº 1, jul./dez. 2008. p. 279.
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos: Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. Revista de Direito Público da Economia, nº 18,

2007, p. 302.

SÍTIOS ELETRÔNICOS JURÍDICOS

PRESIDENCIA DA REPÚBLICA -
<http://www2.planalto.gov.br>
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - www.stf.jus.br
SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - www.stj.jus.br
REVISTA JUSBRASIL - www.jusbrasil.com.br