

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A ÉGIDE DOS NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

Beatriz Nunes Lira Braga¹

Caio Nunes de Lira Braga²

Sumário: 1 Introdução; 2 Evolução do Constitucionalismo: O Fenômeno do Neoconstitucionalismo e a Efetivação dos Direitos Fundamentais; 3 Origem e Conceito da Reserva do Possível; 4 O Mínimo Existencial; 5 O Direito Fundamental a Saúde; 6 A Concretização Judicial do Direito à Saúde; 8 Conclusão; 9 Referências

Resumo: O presente ensaio objetiva analisar a controvérsia em torno da interpretação e aplicação do Princípio da Reserva do Possível, observando as teses de defesas da Administração Pública em casos concretos, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e, ainda, esclarecer a importância dimensional do Direito Fundamental à saúde, escopo principal do ensaio, o qual necessita de ações positivas e materiais do Poder Público para que seja efetivado.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Direito à Saúde.

Resumén: El presente ensayo objetiva analizar la controvérsia al rededor de la interpretación y aplicación del Principio de la

1Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA. Endereço eletrônico: beatriznlbraga@gmail.com

2Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Endereço eletrônico: caionlb@gmail.com

Reserva del Possible, mediante las tesis de defensas de la Administración Publica en casos concretos y el posicionamiento doctrinal y jurisprudencial de la Corte Suprema de Brasil, y aun, aclarar la importancia dimensional Del Derecho Fundamental a La salud, campo de aplicación principal del ensayo, que necessita de acciones positivas y materiales del Poder Publico para que sea efectuado.

Palabras-Clave: Derechos Fundamentales. Reserva del Possible. Minimo Existencial. Derecho a Salud.

INTRODUÇÃO



Tema controvertido na doutrina e motivo de calorosos debates no meio jurídico, a Reserva do Possível, desde sua teorização, na Alemanha da década de 70, é entendida e vista de diferentes formas, sendo observada pelos doutrinadores sob os mais diversos prismas, seu entendimento está longe de uma consonância. Independentemente, porém, de toda controvérsia acerca do tema, um fato é consenso entre todos: a escassez de recursos face às ilimitadas necessidades humanas. Sendo assim, a questão chave é saber como o conflito de interesses entre as partes deverão ser tratados, sopesando-se todas as características do caso concreto, baseando-se em parâmetros estabelecidos pelo consenso jurídico.

Discorrer sobre a Reserva do Possível remete-nos diretamente à questão dos recursos disponíveis. No que tange à administração financeira, qualquer pessoa se depara com limitações orçamentárias. A mais simples dona de casa, por exemplo, ao fazer sua feira, deve decidir quais produtos são indispensáveis, quais são desejáveis, e quais são supérfluos. Ao trazer este simples exemplo para a Administração Pública, nos deparamos com a mesma questão, porquanto, mesmo tendo um

alto grau de discricionariedade para criar seu orçamento, o Poder Público tem o dever constitucional de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, perante o desenvolvimento de políticas públicas, observando a limitação de recursos, o Estado deve saber que a melhoria das condições materiais (ou do quadro de recursos humanos) de um hospital é indispensável, a criação de uma praça em um bairro carente é desejável e, por sua vez, o patrocínio público de um show de um grande artista é, na realidade brasileira, algo supérfluo. Apesar disso, nem sempre as políticas públicas são assim consideradas, e o serviço público, em geral, encontra-se em elevado grau de sucateamento.

Em contrapartida a essa situação e por não ter suas demandas sociais supridas, indivíduos têm se manifestado, por meio de demandas judiciais, à procura de soluções para a falta de prestações eficazes quanto a serviços basilares e essenciais, a exemplo da saúde. É principalmente neste momento, ao ser demandado judicialmente, que o Estado, de forma desarrazoada, faz uso da Reserva do Possível como um obstáculo para a concretização dos direitos sociais.

Finalmente, diante dessa problemática – quando o Poder Público se torna omissivo no momento em que deveria atuar positivamente para garantir a satisfação de direitos fundamentais sociais – é que o presente ensaio pretende ponderar, abordando a interpretação correta a ser dada ao Princípio da Reserva do Possível e o papel do Poder Judiciário na garantia e efetivação dos direitos sociais, especificamente quanto à saúde, que é parte inexorável da dignidade da pessoa humana, princípio orientador de toda Constituição Federal.

Adotou-se na confecção deste trabalho pesquisas descritivas e explicativas a partir do uso de procedimentos técnicos indiretos de coleta de dados tais como a pesquisa bibliográfica e documental.

EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO: O FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno do neoconstitucionalismo pode ser bem compreendido pelas construções teóricas de dois grandes juristas, o inglês Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, cujas obras buscam demonstrar a plena normatividade dos princípios, além da necessidade de uma dimensão ético-moral do Direito. Sob o aspecto da força normativa da Constituição, destaca-se o importante trabalho de Konrad Hesse, que busca demonstrar os requisitos para que a Constituição de um país possa ser dotada de real eficácia, refutando as ideias de seu compatriota Ferdinand Lassalle, para o qual a constituição não passava de mero “pedaço de papel”, sendo apenas expressão das relações de poder.

Observa-se que nem sempre a norma constitucional foi dotada de imperatividade. Até o advento do movimento neoconstitucionalista, a Constituição possuía uma conjuntura orientadora, incapaz de ser plenamente exigível e que limitava a atuação estatal frente ao indivíduo. Foi com o fim da Segunda Guerra Mundial e no decorrer do Século XX que o papel da Constituição sofreu grandes mudanças no seu estudo e aplicação, superando-se o antigo paradigma positivista, passou o Direito Constitucional a exercer influência direta na atuação do Estado.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, onde se verifica esse novo paradigma de Constituição com normas eficazes, conforme leciona Bonavides (1996), a nova Carta Magna de 1988 “trata-se de dispositivo do mais súbito préstimo com que afiançar a passagem de um constitucionalismo meramente programático para um constitucionalismo social de incontrastável eficácia e juridicidade”.

Por neoconstitucionalismo entende-se, portanto, um

movimento prático-teórico de revalorização do Direito Constitucional, que não se conforma diante da teórica de limitação do poder do Estado a partir da mera fixação de direitos ao indivíduo ou ao grupo social, mas sem uma real efetividade prática. Rejeita-se, por completo, a ideia de um mero “pedaço de papel”, conforme pregava Lassale, de normas apenas dirigentes, dotando o texto constitucional de plena eficácia. Assim, à Constituição Federal foram inclusos dispositivos normativos instrumentais, através dos quais os indivíduos passam a possuir meios assecuratórios para o efetivo exercício dos direitos constitucionalmente concedidos.

Outrossim, o objetivo maior do movimento neoconstitucionalista é otimizar o antigo constitucionalismo, dotando o ordenamento jurídico de instrumentos para que suas garantias venham a se concretizar. Em consequência, novas ciências como a hermenêutica constitucional ganharam força, bem como os direitos sociais, a exemplo do direito a saúde, passaram a ser plenamente exigíveis, e ainda, ampliou-se a jurisdição constitucional inclusive para o campo do direito privado, tendo as normas fundamentais eficácia horizontal.

Conforme ensina Barroso (2007), no plano teórico o movimento neoconstitucionalista se propôs a um novo modelo, baseado no reconhecimento da força normativa da Constituição; na expansão da jurisdição constitucional e; no desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Dessa forma, a Constituição passou a ser garantidora dos direitos e garantias fundamentais, tanto de natureza omissiva quanto comissiva e prestacional. Este último, nas palavras de Canotilho (1988, p. 654), “significam, em sentido estrito, os direitos dos particulares obterem algo por meio do Estado (educação, saúde, assistência social, entre outros)”.

O principal efeito dessa dogmática é o reconhecimento da eficácia plena das normas presentes na Constituição, da carga principiológica como norteadora das leis, da busca pela con-

cretização das normas presentes no texto constitucional e do controle concentrado e difuso de Constitucionalidade. De acordo com Konrad Hesse (1991), até mesmo as normas programáticas mais abstratas previstas na norma constitucional produzem um mínimo de efeitos, e, portanto, possuem aplicabilidade direta. Em decorrência dessa premissa, está o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual o Estado deve esforçar-se para fazer o máximo possível dos mandamentos presentes na Lei Maior.

Entende-se por jurisdição constitucional a atuação de juízes e tribunais quando utilizam de mecanismos, por meio dos quais verifica-se a adequação de atos e normas infraconstitucionais à Constituição Federal. Essa jurisdição restringia-se ao controle difuso de constitucionalidade, e, no que tange ao controle concentrado, apenas existia a ação direta de inconstitucionalidade genérica e a interventiva, as quais apenas podiam ser propostas pelo Procurador Geral da República.

O advento do neoconstitucionalismo trouxe consigo uma grande expansão da jurisdição constitucional, que além dos já existentes mecanismos de controle, acresceu-se ao controle concentrado oito legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, bem como novos instrumentos de efetivação de direitos tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Ademais, a hermenêutica é um ramo da ciência do direito que busca definir verdadeiros significados às normas jurídicas, através da interpretação teleológica das leis. A exegese constitucional sofreu grande influência do movimento neoconstitucional, momento em que as normas constitucionais passaram a ser interpretadas, mormente, com fulcro no princípio da máxima efetividade, segundo o qual “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos

direitos fundamentais.” (CANOTILHO, 1993, p. 227).

Por conseguinte, a Constituição Nacional começa a ter efetividade direta, deixando de ter o antigo escopo programático e de limitação de poder, passando a ser concretizadora de direitos fundamentais. Assim, “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito” (LENZA, 2012, p. 62).

A Constituição brasileira de 1988 reflete esse novo paradigma do constitucionalismo, contendo um escopo social amplo, traçando metas e objetivos para a Administração Pública (art. 3º da CF) e dando plena eficácia à norma ali presente, concebendo-a como norma jurídica, dotada de imperatividade. Tem-se, desta forma, a supremacia constitucional, na qual o seu texto “imprimiu assim, uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores” (BONAVIDES, 2007, p. 374).

Supremacia constitucional é, portanto, princípio familiar ao da efetividade das normas de uma constituição, em que estas apresentam-se em patamar hierárquico superior às demais, sendo, além disso, fundamento do ordenamento como um todo, norteador da criação e interpretação de normas inferiores através de seus princípios. Quanto aos direitos sociais básicos, no arcabouço jurídico brasileiro, possuem aplicação imediata, porquanto dispostos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, podendo ser implementados por técnicas de controle, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de revestirem-se de especial proteção contra o legislador reformador.

Deste modo, no que tange os direitos fundamentais erigidos pela Carta Política brasileira, vale a lição de Gilmar Ferreira Mendes, em decisão prolatada no Supremo Tribunal Fe-

deral:

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. (SL47 – AgR/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Assim sendo, perceba-se, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, outrora comentado, segundo o qual a concretização dos dispositivos normativos, de direitos sociais, deve, de fato, existir, independentemente de quem o faça: Legislativo, Executivo ou Judiciário. O neoconstitucionalismo proclamou a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como ápice, no Brasil, a promulgação da Carta.

ORIGEM E CONCEITO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A origem desse instituto adveio da Alemanha, fruto de um embate jurídico no qual estudantes que desejavam cursar medicina pleiteavam a criação de tantas vagas nesse curso quanto fosse a demanda, sob o argumento principal de que era dever do Estado garantir educação, direito social garantido pela então Constituição alemã. Em decisão histórica, a Corte Constitucional Federal Alemã indeferiu o pedido e formulou jurisprudência que se tornou o marco criador do que se chama hoje Reserva do Possível. De acordo com tal jurisprudência, em síntese, as prestações positivas por parte do Estado “estão sujeitss à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (KRELL, 2002, p. 52)”.

A decisão proferida confirmou que a educação é um direito constitucional alemão, o qual todos possuem, e sua observância pelo Estado é plenamente exigível. Porém, ao proceder na análise da razoabilidade do pedido, entendeu a Corte que não seria plausível destinar grandes quantias de recursos públicos para a criação de tais vagas, beneficiando aquele limitado grupo de estudantes em face de uma maioria imensurável de pessoas, haja vista a necessidade de grandes alocações de recursos para suprir tal demanda. Dessa forma, não era “racional esperar da sociedade” a criação dessas vagas, impondo uma limitação fática ao interesse dos estudantes.

Conforme entende George Marmelstein Lima (2008, p. 222):

Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o Estado se negar a fornecer. *A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há direito. (grifamos)*

Destarte, pode-se dizer que a Reserva do Possível é uma limitação financeira à efetividade dos direitos sociais e uma limitação que tem por parâmetro a razoabilidade do pedido formulado. Haveria, dessa forma, um interesse pessoal contra um suposto interesse da coletividade, o qual estaria ameaçado ante o deslocamento de recursos para se suprir a demanda individual. A disponibilidade de recursos é quem ditaria, assim, se uma demanda individual seria exigível face à administração. Em suma, Reserva do Possível é a condição de limitação fática e lógica que sujeita a prestação de fazer dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes.

Corroborando com esta ideia, Flávio Galdino (2002) afirma que “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”, deste modo reconhecer e dar praticidade aos direitos erigidos em nossa Carta Política depende diretamente

da possibilidade de arrecadação de recursos captados junto à população.

Discorrer sobre prestações de cunho positivo (um fazer) nos remete imediatamente à segunda dimensão de direitos, aos direitos sociais³, que são prestados pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas. Nossa Carta Magna consagrou estes direitos como Direitos Fundamentais, superando-se assim a discussão acerca do fato de que tais direitos sociais seriam ou não direitos fundamentais⁴. Ademais, garantiu-lhes plena eficácia, conforme o art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Vale ainda ressaltar, a título de curiosidade, que a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a consolidar o direito fundamental de proteção à saúde. Todos os textos anteriores traziam esse direito como uma mera competência legislativa da União, fora do contexto de amplitude pela qual a atual Carta o trata.

O MÍNIMO EXISTENCIAL

Sabendo-se, pois, que a Reserva do Possível atua como um suposto fator limitador para a efetivação dos direitos fundamentais, sujeitando a concretização de tais normas à capacidade financeira da Administração - sendo muitas vezes hipótese levantada pelo Estado para se esquivar da obrigação de prestá-los - ao passo que, por determinação constitucional, esses mesmos direitos fundamentais devem ser concretizados, uma dúvida recorrente acaba surgindo: afinal, pode a Administração Pública alegar a Reserva do Possível e deixar de prestar uma

3São direitos sociais garantidos pela Constituição brasileira: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

4A Constituição Federal coloca os direitos sociais inseridos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo sua proteção garantida inclusive contra o poder constituinte derivado, conforme o art. 60, § 4º, IV.

ação positiva em favor de algum administrado?

Por conseguinte, ao longo dos diversos embates judiciais e doutrinários, a questão se desdobrou em um conceito jurídico segundo o qual à Administração Pública, de fato, é impossível garantir a satisfação de todas as demandas para as quais os cidadãos buscam satisfação. Por outro lado, deve esta mesma Administração garantir um núcleo mínimo de direitos a cada pessoa, afim de que se respeite a dignidade da pessoa humana, ainda que diante da limitação de recursos financeiros.

Tal construção jurídica se deu pelo simples fato de que não se pode negar a plena efetividade garantida às normas⁵ constitucionais, mas, por outro lado, também não se pode desconsiderar o fator limitador baseado na escassez de recursos. A esta garantia, portanto, denominou-se Mínimo Existencial⁶.

Andreas Krell (2002, p. 61), sobre a origem deste instituto, aduz que “a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (...) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF)”. Ressalte-se que o princípio do Estado Social, também presente em nosso sistema jurídico, traduz a importância de um Estado prestativo, preocupado com as necessidades dos indivíduos que compõem a nação, sempre buscando criar projetos de políticas públicas que beneficiem a sociedade. O Estado, portanto, é um agente protetor e defensor social.

Ainda nas palavras de Krell (2002, p.61), “a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a

⁵Normas no sentido de gênero, nas quais tem como espécies os princípios e as leis. Ambos são amplamente exigíveis, sendo que os princípios comandam a concretização de um valor, dentro dos limites práticos e jurídicos, ao passo que as leis exigem seu cumprimento pleno.

⁶Também é possível encontrar denominações como mínimo vital, núcleo mínimo, entre outros.

existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’”. Semelhantemente, no Brasil também se observa a estipulação objetiva desse ‘mínimo vital’, que se consolida nos amparos concedidos pela Assistência Social àqueles que não têm sequer condições de contribuir para a previdência social, assim como nos programas de transferência direta de renda para famílias em situação de extrema pobreza.

Em nosso ordenamento não há uma expressão direta acerca desse mínimo existencial, mas facilmente deduz-se sua presença tendo em vista que ele “é a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais” (SCAFF, 2005, p. 86) consubstanciando-se, assim, no princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88). Não há consenso sobre a abrangência desse conceito, nem quais garantias devem ser observadas pelos Poderes Públicos, devendo-se analisar o caso em concreto⁷ para saber até onde deve ser observado. Esse é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que *tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial”* de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. (STA 175 – AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES) (*grifamos*).

Apesar da inexistência de um conceito jurídico determinado acerca desse “mínimo”, uma coisa é certa: a sua aplicabilidade deve atender a um binômio que compreende, de um lado, “a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações

⁷“ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde”. Gilmar Mendes. Tutela Antecipada nº 238/TO.

positivas dele reclamadas⁸”.

Essa razoabilidade, primeira face do referido binômio, consiste na ponderação do conflito no caso concreto. Desde que dentro do limite legal e não escapando do bom senso – que o Tribunal Constitucional Alemão entendeu como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade – a pretensão individual deve corresponder a um bem protegido pelo conjunto da sociedade e tutelado pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, opondo-se à razoabilidade do pedido individual face à sociedade, encontra-se a limitação financeira, a qual impõe relevante barreira à concretização da vontade do indivíduo. Nessa esteira, não há como se garantir a pretensão almejada sem um montante de recursos, ou sem que se prejudique o repasse financeiro para outras áreas da administração pública.

Conforme defende Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245), “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”, de modo que todo aplicador do direito, e, mormente o Poder Judiciário, que passou a ser eficaz instrumento de concretização dos direitos sociais, deve levá-la em conta, a fim de que se alcance o mais próximo do que se pode chamar de Dignidade Humana.

O mínimo existencial, sem dúvida, visa uma justiça social baseada em uma construção moral, não só de solidariedade coletiva, mas também de efetivas prestações positivas pelo Estado, essenciais à dignidade dos indivíduos, afinal “não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.” (BARCELLOS, 2002, p. 245).

A Constituição de uma nação, além de seu caráter estruturante, busca materializar as vontades, objetivos e necessida-

8ADPF - 45/DF. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ de 04/05/2004.

des de um povo e, possui entre seus objetivos, o de nortear os governantes a alvos prioritários de gastos, isto é, na garantia de existência de um mínimo existencial para cada pessoa. Afirma-se que “a meta central [...] da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, [...], na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, [...], condições materiais mínimas de existência.” (BARCELLOS, 2002, p. 245).

A essas condições materiais mínimas de existência, acrescidas de proteção a direitos individuais, chama-se mínimo vital. Este, “como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (BARCELLOS, 2002, p. 245). Assim, conclui-se que ao alvedrio dos administradores dos cofres públicos está o tão importante mínimo existencial.

Conforme explicita Celso de Mello⁹, a necessidade da concretização dos direitos fundamentais e do mínimo existencial se dá sob pena de evitar um esvaziamento da norma constitucional: “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente¹⁰”, não podendo a Administração invocar a Reserva do Possível senão, objetivamente, pelas razões dadas pelo binômio estabelecido entre a razoabilidade e a disponibilidade de recursos.

Em suma, sendo razoável o pedido formulado, deve a administração alocar recursos para o suprimento da demanda, retirando-os de áreas menos essenciais ou de suas próprias reservas, baseando suas políticas públicas como alvos prioritários dos seus gastos. Caso contrário, tem o judiciário, sendo provo-

9AgR-RE 2º 271.286-8/RS. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ de 12/09/2000.

10Adverte ainda Celso de Mello: “[...] cláusula da ‘reserva do possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” ADPF-MC 45/DF.

cado, o poder de fazer garantir essa demanda, conforme será demonstrado em tópico específico.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental social, o qual dependente de dispêndio de recursos para que se torne acessível aos indivíduos. Tal direito encontra-se implícito e explícito em diversos pontos de nossa Carta Política. A saber, prevê o artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, [...], na forma desta Constituição.”, disposto no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o direito à saúde, nos termos do §1º do artigo 5º, é norma dotada de aplicação imediata, isto é, os direitos fundamentais, a exemplo do direito em comento, são dotados de meios necessários à sua plena exigibilidade e efetivação.

Tal é a importância desta prestação que todos os entes federados têm competência legislativa e administrativa para criar normas que disponham sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII) e para regulamentar o exercício de funções governamentais, estabelecendo mecanismos de colaboração a fim de aperfeiçoar a prestação do serviço relativo à saúde (art. 23, II).

“A saúde é direito de todos e dever do Estado” garante o art. 196. Ao proceder à análise deste artigo, podemos encontrar características de direitos fundamentais, bem como podemos deduzir sua plena eficácia. Em um sentido mais estrito, podemos destacar o entendimento de Gilmar Mendes¹¹: “Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição”.

11STA 175 - AgR/CE. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ de 17/03/2010.

Ao se proceder em uma análise mais abrangente, compreendendo cada parte do trecho do referido artigo, podemos destacar as seguintes características conferidas pelo legislador:

1. “A saúde é direito de todos”: atentou o legislador em garantir que a saúde seja um direito universal (“políticas que visem ao acesso universal e igualitário”), garantido a todos os brasileiros e estrangeiros. Esse direito foi reafirmado na Lei 8.080/90, que em seu artigo 2º reza: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”;
2. É dever do Estado garantir a saúde: aqui encontramos a obrigação conferida ao Poder Público de, através da elaboração de suas políticas públicas, garantir a concretização do direito fundamental à saúde, abrindo a possibilidade de que, caso assim não proceda, possa o interessado o exigir judicialmente, por se tratar de um direito subjetivo público. Ademais, essa obrigação consubstancia-se por todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)¹²;
3. A saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas: tal garantia “ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas¹³”. Essas políticas devem visar a redução do risco de doenças e de outros agravos, conferindo a importância a ações preventivas. Devem, ainda, concretizar “ações e serviços para promoção, proteção e recuperação” da saúde.

Implicitamente, o direito à saúde constitui fundamento de nossa República Federativa, visto que é inerente à dignidade

12Esse é o entendimento do STF, conforme já decidiu Gilmar Mendes na STA-175: “A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade [...]”.

13Idem.

da pessoa humana (art. 1º, III), e, portanto, torna-se necessário para o cumprimento dos objetivos republicanos previstos no artigo 3º. Ademais, o direito fundamental à saúde relaciona-se com mais de uma geração de direitos, de forma que “é correto deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos” (SARLET, 2007, p. 312).

Pois bem, o que importa [...] e partindo da classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos de prestações (positivos), é o fato de que o direito à saúde pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas as categorias, o que, [...], acarreta reflexos importantes no âmbito da eficácia e efetividade. (Ingo Wolfgang Sarlet, 2002, p. 8).

Em outras palavras, o direito a saúde passa por ações negativas, por parte do Estado e demais particulares, vedando a prática de atitudes que venham a prejudicar a saúde de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, tendo, pois, característica *erga omnes* o direito de manter-se saudável. Também perpassa por ações de cunho positivo, ao garantir, quando em necessidade, a possibilidades de recuperação, através da prestação de um serviço, para quem sofre de enfermidade.

No que tange a eficácia e a efetividade dessas ações, tem-se que esta abrange a capacidade de se promover os resultados desejados, enquanto que aquela se dá pela capacidade de alcançar resultados definidos previamente para uma determinada ação. Esses efeitos se dão de formas distintas, seus reflexos são sentidos a partir do tipo de ação conduzida pelo estado para a efetivação dos direitos fundamentais, sejam essas ações representando um *facere* ou um *non facere*.

Dessa forma, a saúde faz parte dos direitos individuais, pois é parte integrante da vida humana; encontra-se entre os direitos sociais/coletivos porque é necessidade de todos e deve ser implementado por meio de prestações positivas do Poder Público. Acrescente-se, ainda, que a saúde também inclui-se entre os direitos difusos, tendo em vista que todos fazem *jus a*

ela, independente de raça, origem, sexo, cor, idade ou condições econômicas.

Clara está a dimensão da importância que o direito fundamental à saúde se encontra. O conflito surge, precisamente, quando da efetivação deste direito. Originariamente, estas normas constitucionais classificam-se como normas programáticas¹⁴ - que são aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos, [...], visando a realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, 2006, p. 138).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 64), entende-se por normas programáticas aquelas que “indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas”.

Segundo Washington dos Santos (2001, p. 83):

As normas programáticas, que se distinguem pelo conteúdo e pela eficácia diferida, são normas obrigatórias e, ‘como normas definidoras de direitos e garantias fundamentais’ (CF, art. 5º, §1º) submetem-se ao princípio da aplicação imediata, que se contém, no comando dirigido ao legislador ordinário nos casos dependentes da contemplação legal.

Tais normas, portanto, dependem de ações legislativas e executivas para sua efetiva disposição. *A priori* pode-se pensar que tais normas não produzem efeitos jurídicos até que sobrevenham uma complementação ou regulamentação por parte do legislador, entretanto, estas, por si só, já produzem efeitos, porquanto elas direcionam o poder legislativo por meio de valores e comandos inerentes a sua redação originária, aparte de serem plenamente exigíveis no que tange seu cumprimento.

14Além do direito à saúde (art. 196 da CF), identificam-se como normas programáticas: o direito à educação (art. 205 da CF); o direito de preservação da identidade cultural (art. 215 da CF); a promoção do desenvolvimento científico (art. 218 da CF) entre outros.

Nesse sentido, entende Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 310):

Ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas.

Assim, mesmo chamadas de programáticas, tais normas possuem eficácia, ainda que limitada a atos legislativos que as regulamentem. A ponderação de Sarlet se dá justamente nesse sentido, visto que não se pode ignorar os mandamentos constitucionais por considerar tais normas apenas de cunho orientador ou ideológico. Especificamente quanto à saúde, por estar inclusa dentro do rol de direitos fundamentais, tem-se sua imediata aplicabilidade, conforme mandamento constitucional.

Corroborando ainda com a ideia do risco acerca de se considerar normas programáticas fora do círculo eficácia, aduz o Ministro Celso de Melo:

O caráter programático das regras inscritas no texto da *Carta Política* não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Conforme argumenta Rogério Gesta Legal (2010), a dignidade da pessoa humana é constituída de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial. E, como exposto, a saúde individual e coletiva faz parte deste conjunto mínimo de direitos fundamentais efetivadores da dignidade humana, de forma que, se o Estado competente para pôr à disposição não o faz, resta ao Poder Judiciário intervir, quando provocado, com base no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Afasta-se, assim, a ideia de que, por se

tratarem de normas de cunho programático, a escusa de sua prestação se justifica pela alegação de eficácia limitada.

A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

Assim, Indeferido o pedido do administrado por uma prestação estatal no sentido de garantir-lhe acesso à saúde, pode este provocar o judiciário para buscar obter seu direito? Ou melhor, pode o judiciário apreciar lides nesse sentido? Desde o início das demandas judiciais acerca do tema, essa questão envolve variáveis contrárias a essa suposta “interferência” na divisão dos poderes, porquanto, “considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se [...] que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos” (SARLET, 2002, p. 13), ressaltando-se, assim, a dimensão econômica destas prestações, pois sua satisfação requer alocação de altos recursos financeiros. Tais teses serão enfrentadas adiante.

Conforme já abordado, o advento do neoconstitucionalismo provocou mudanças no sistema hermenêutico do direito, provocando efeitos no ordenamento jurídico, tais como: a atribuição de uma nova efetividade aos direitos sociais, que passaram a ser plenamente exigíveis; trazendo, ainda, a ideia de que as normas programáticas produzem efeitos desde logo e; a expansão da jurisdição constitucional, que como se viu ampliou as técnicas de controle de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Judiciário competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma.

Pois bem, diante destas novas técnicas de controle constitucional, bem como de outras atribuições conferidas ao Supremo Tribunal Federal – a exemplo da modulação de efeitos, que permite a manipulação temporal da produção dos efeitos de uma norma; das criações de súmulas vinculantes, que consistem em anunciados interpretativos de certas normas, os

quais necessariamente devem ser seguidos e obedecidos; e, ainda, a possibilidade de medida cautelar em sede de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão – e, mormente a extrema indispensabilidade de direitos fundamentais sociais à dignidade dos cidadãos, o Poder Judiciário tem se valido muitas vezes de criatividade para conseguir concretizá-los, porquanto negados pelo Estado ou esquecidos pela própria sociedade, atitude esta que vem sendo denominada de ativismo judicial.

Para alguns, o ativismo caracteriza um fenômeno de ruptura com o sistema jurídico em que o órgão de interpretação, em verdade, ignora o texto, e faz uma construção interpretativa que foge completamente da letra da norma, sem embasamento técnico para tanto. Estaria essa atividade, portanto, acarretando a violação de princípios fundantes da república federativa, tal como a separação dos poderes. Ademais, segundo Reverbel (2010), o ativismo consiste na politização do judiciário, quando resolve problemas políticos transpassando a seara do direito, buscando solucionar a ineficiência política e, conseqüentemente, acaba afrontando a autonomia dos poderes.

Por outro lado, há um voluntarismo social de que isto é bom, de onde surge o entendimento que o ativismo, em verdade, consubstancia-se na guarda da Constituição Federal frente a comportamentos que venham a prejudicar os direitos fundamentais dos indivíduos, de modo que a vida digna de uma coletividade não pode ser ponderada menos importante que conveniências político-partidárias. Conforme entendimento de Fernando Gomes de Andrade (2007), o Poder Judiciário é competente para verificar e conter a legalidade de qualquer ato, inclusive os emanados do Poder Público a fim de conferir se a medida encontra-se de acordo com os princípios consagrados na Carta Política brasileira.

Verifica-se, portanto, que diante da aplicação do princí-

pio da concordância prática¹⁵, deve o Poder Judiciário interferir na concretização de direitos fundamentais, sem, no entanto afastar por completo o princípio da separação dos poderes, reprimindo apenas atos contrários à ordem constitucional, devendo assim agir como um interprete que tem liberdade para escolher sua exegese.

Como outrora exposto, tudo que se encontra na Carta Magna de 1988 é plenamente exigível, “não há na Constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições” (BARBOSA, 1934, p. 489) e, é neste contexto que se encontra a saúde, exteriorizada por meio das políticas públicas que são, de acordo com Régis Fernandes de Oliveira, “providências [...] para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em utilidades aos governados.”.

Ademais, as políticas públicas, e, por conseguinte o direito a saúde, são positivados em leis regulamentadoras das diretrizes gerais que a Constituição prevê, portanto elaboradas pelo Legislativo, ou em atos normativos e ações governamentais prestadas pelo poder Executivo, com a finalidade de concretizar a construção de hospitais, o fornecimento de medicamentos, a contratação de médicos e enfermeiros, tudo para a boa manutenção saudável das vidas de seus administrados.

Contudo, como se sabe, não é esta a realidade em que vivenciamos no Brasil, onde a precariedade do aparato público, aliada a uma pesada burocracia, torna o encargo de oferecer prestações sociais longe do idealizado pelo legislador constitucional. Conforme dados da Organização Mundial da Saúde - OMS, o Brasil, apesar dos avanços da última década, gasta

¹⁵Segundo o qual, “os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque.” (LENZA, 2012, p. 157).

menos que a média mundial com a saúde de seus cidadãos¹⁶. Enquanto que essa média *per capita* chega a US\$ 571 por ano, em 2010 – data da última cifra disponível em escala mundial – o Brasil somou US\$ 466/ano.

Ainda conforme a OMS, a parcela do orçamento federal destinada à saúde no Brasil¹⁷ (em torno de 8,7%) também é menor, inclusive, do que a média dos países africanos (10,6%) e que a média mundial (11,7%). A título de exemplo, países vizinhos como a Argentina, Colômbia e Chile investem, respectivamente, 20,4%, 18,5% e 15,1%.

Malgrado os baixos investimentos, a situação se torna mais preocupante quando observado a elevado grau de corrupção do país, o que leva a crer que mesmo esse pouco investimento ainda é desvirtuado para satisfazer interesses pessoais de maus gestores. Para se ter uma ideia do tamanho descaso, de cada R\$ 100,00 produzidos no país, aproximadamente R\$ 25,00 ‘desaparecem’ em meio à ineficiência do Estado, bem como à corrupção e à falta de planejamento¹⁸. O resultado disso é que todos os anos cerca de R\$ 1 trilhão de reais são desperdiçados no Brasil.

Como consequência disso, dia a dia pessoas necessitadas procuram o Estado Juiz objetivando alguma solução ou providência em face do Poder Público omissivo. A despeito dessa inércia do Estado em promover a efetivação de suas políticas públicas, seja ela pelo motivo que for, vale observar as palavras

16“Gasto per capita do Brasil com saúde é menor que média mundial.”. Acessado em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,gasto-per-capita-do-brasil-com-saude-e-menor-que-media-mundial-,1032260,0.htm>>.

17“Gastos públicos crescem, mas modelo de saúde ainda vive em contradição no Brasil”. Acessado em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/04/130402_saude_gastos_publicos_lgb.shtml>.

18“Brasil joga R\$ 1 trilhão no lixo por ano com corrupção, descaso e incompetência”. Acessado em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/08/25/internas_economia,439540/brasil-joga-r-1-trilhao-no-lixo-por-ano-com-corrupcao-descaso-e-incompetencia.shtml>.

do Ministro Celso de Melo:

(...)- *A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente*, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...) (ADI 1484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (*grifamos*).

Conforme entendimento supracitado, acrescentando-se à problemática acerca da legitimidade do judiciário para obrigar o Poder Público a garantir o direito à saúde, tomando-se por base o fato de que, conforme afirma Celso de Mello, “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente¹⁹”; que os dispositivos normativos de direitos fundamentais “não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público” (SARLET, 2002, p. 9) e, ainda, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²⁰”. Podemos, dessa forma, concluir pela plena legitimidade do judiciário em apreciar tais demandas, garantidas inclusive pela Constituição, consubstanciada na nova dimensão da interpretação constitucional dada pelo advento do neoconstitucionalismo.

Há muito Montesquieu defende a teoria, adotada pelo ordenamento pátrio, da tripartição dos poderes. Em sua obra “Do Espírito das Leis”, defende a distribuição da autoridade, de modo a evitar o arbítrio e a violência, de modo que os três poderes devem, além de fiscalizar uns aos outros, se contraba-

19AgR-RE 2º 271.286-8/RS. Ministro Relator: Celso de Mello. DJ de 12/09/2000.

20Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º, XXXV.

lancearem. Dessa forma, se um ente comete uma ilicitude, o outro deve reprimi-lo, sanando-a.

Conclui-se, como desdobramento de tais características supramencionadas, por legítima a atuação do Poder Judiciário, que, de forma ponderada e razoável, exige do Poder Executivo nada mais que uma obrigação constitucionalmente, ainda que de um mínimo vital exigível e que venha causando, pelo seu descumprimento parcial ou total, danos a particulares.

Um exemplo claro de exteriorização da teoria ora exposta é o Recurso Extraordinário 642.536 AgR/AP²¹, o qual abordou a “possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública”. Neste julgado, devido ao “colapso geral das ações e serviços de saúde” e a “violação cotidiana, sistemática e reiterada do direito universal à saúde” ocorrida na Unidade Mista de Saúde do estado do Amapá, o excelso Tribunal julgou procedente o pedido para promover:

Dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a reforma geral da UMSA; pintura de toda a unidade; aquisição de condicionadores de ar; reativação das salas de cirurgia e de parto; reforma na rede elétrica; aquisição de extintores de incêndio e mangueiras; contratação efetiva de 1 (um) farmacêutico ou bioquímico’ (fl. 510).

Apesar da manifesta posição, muitos ainda contrapõem-se alegando os três argumentos a seguir expostos, inclusive utilizados como matéria de defesa da Administração Pública, todavia já exauridos pelo STF:

- a) ‘Violação do princípio da separação de poderes’; Argumentam que ao determinar obrigações de fazer à Administração Pública o Poder Judiciário atinge a independência e a esfera de competência atribuída ao Executivo. Entretanto, sabemos que o poder é uno e indivisível, de forma que os poderes precisam estar simbioticamente corrigindo-se e fiscali-

21Ministro Relator: Luiz Fux. DJ de 05/02/2013.

zando-se. Nesse sentido:

Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <<diálogo>> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos. (ABRAMOVICH; COURTS, 2004, p. 251).²²

Em outras palavras, lógico é que as normas constitucionais, definidoras de diretrizes para a criação de políticas públicas, foram elaboradas não apenas para um plano teórico de existência, mas sim, para que de fato concretizem-se. Dessa forma, partindo-se da premissa de que o poder estatal é uno e indivisível, também ao Poder Judiciário caberá a participação na materialização do programa jurídico-político estabelecido na Constituição Federal.

b) ‘O Poder Judiciário não tem legitimidade para atuar como prestador de políticas públicas’; De fato o Juiz não possui competência para atuar como prestador direto de políticas públicas, mas “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas públicas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento²³”. Neste âmbito:

Por ello, *el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas com los estándares jurídicos aplicables y – en caso*

22Tradução: “Quando as normas constitucionais ou legais definem diretrizes para a formulação de políticas públicas e os poderes competentes não adotam nenhuma providência, caberá ao Poder Judiciário repreender essa omissão e reenviar o problema para que sejam tomadas as medidas adequadas. Esta dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação no diálogo entre os diferentes poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela constituição ou pelos pactos de direitos humanos.”.

23SL 47-AgR/PE. Ministro Relator: Gilmar Mendes. DJ de 17/03/2010.

de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. (ABRAMOVICH; COURTS, 2004, p. 251) (*grifamos*).²⁴

Não se trata, pois, de elaborar tarefas de incumbência de outro poder, nem tampouco de executar tais tarefas no lugar do domínio competente. Trata-se, na realidade, de fazer o poder competente efetivar suas próprias políticas públicas, cumprindo com a finalidade para qual elas foram desenhadas. Embora o pleno do STF ainda não tenha se pronunciado acerca do tema, esse parece ser o entendimento da corte, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

O posicionamento do Ministro respalda a saudável divisão de competência entre os poderes, para fins de não intervenção indevida e respeito aos princípios democráticos e de independência. Como ressalva, porém, assim conclui:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (APDF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- c) ‘O Estado não possui recursos suficientes para prover certas demandas referentes ao direito à saúde’. Neste ponto é que o Princípio da Reserva do Possível vem sendo interpretado de forma equívoca pelos representantes dos entes fede-

24Tradução: “Assim, o Poder Judiciário não tem a tarefa de elaboração das políticas públicas, mas sim de confrontar o projeto de políticas assumidas com os termos legalmente impostos e – se encontrar discrepâncias – reenviar o problema às autoridades competentes para que reajam ajustando sua atividade em consequência”.

rativos. Como outrora exposto, a limitação de recursos existe de fato, não podendo ser ignorado pelos entes públicos, mas sua contrapartida se materializou no Princípio do Mínimo Existencial, para que caminhassem juntos, de forma que aquele não pode ser interpretado em separado deste, sob pena de reduzir a eficácia dos direitos sociais. Conforme entendimento de Andreas Krell:

[...] não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente de levá-lo a sério. Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. (KRELL, 2002, p. 45).

A norma constitucional condicionada a recursos, conforme o autor citado, perde sua eficácia. Não se trata de ignorar a necessidade patrimonial para a satisfação do direito, mas sim de sua não-subordinação a apenas essa limitação. Outros fatores como o caráter social da medida, o respeito aos direitos de personalidade, a dignidade, além de outros, também devem pesar na hora da aplicação de tais recursos para a satisfação de direitos sociais, especialmente tratando-se de um direito fundamental.

Celso de Mello assim considera a abordagem sobre o tema:

A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. (APDF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Deve assim o Estado alocar recursos financeiros, pro-

venientes de sua atividade financeira, para o correto cumprimento dos mandamentos constitucionais. Além disso, cabe ao Poder Público manejar esses recursos de forma racionalizada, buscando-se a eficácia pela qual almeja a Carta Magna ao referir-se aos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, §1º.

Ademais, falando-se de Brasil, apesar de necessário, é arriscado falar em Mínimo Existencial, pois se estará limitando a prestação de direitos fundamentais sociais frente a um estado acomodado em seus oportunos preocupes.

Nesse sentido, pode-se verificar a excessiva desigualdade social, que desde as épocas da fundação do país como uma nação independente, concentra a riqueza de forma desproporcional em certos setores; a pobreza; a corrupção; os baixos índices de qualidade da educação e do próprio sistema público de saúde. Assim, diante de tantos desafios, determinar o que comporta um mínimo existencial torna-se tarefa difícil, pois priorizar uma determinada área de interesse pode acarretar em prejuízos para outra tão ou mais carente que outra.

Posto esta ressalva, vê-se que necessária e autêntica é a intervenção judicial para a aplicação das disposições previstas na Carta Política brasileira, haja vista que direitos fundamentais tão importantes como os sociais não poderiam ficar a mercê de um Estado muitas vezes ineficiente e amordaçado pela própria burocracia.

CONCLUSÃO

Foi à liga de novos fatores históricos e sociais que a República Federativa do Brasil evoluiu juridicamente no sentido de se criar um Estado Social. Uma Carta Magna que outrora assentava direitos apenas no plano teórico e buscava uma limitação retórica de poder do Estado até o fim do século XIX, passou assim a unir a efetividade prática de condições dignas de

vida por meio da abstenção de atos e, principalmente, mediante prestações de serviços pelo Poder Público. Dessa forma, o fenômeno do neoconstitucionalismo consubstanciou-se à nossa história, ainda que tardiamente em relação a outros países, a partir da promulgação da Carta de 1988.

A partir daí, a realização de direitos sociais, entre eles a saúde, equipararam-se constitucionalmente aos direitos e garantias fundamentais, numa tentativa incansável do legislador de promover o bem comum. A Constituição passou a exigir que determinadas políticas públicas teriam contornos constitucionais, devendo os administradores públicos fazerem a alocação de recursos para garantir, dentro de um núcleo mínimo, o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme constatado, na realidade brasileira, muitas vezes a teoria não corresponde à prática, tendo a Administração Pública falhado na devida prestação de serviços considerados essenciais. Fato que leva muitas pessoas a buscarem a tutela judicial como forma de efetivação do direito à saúde, sendo a escassez de recursos a principal justificativa por parte dos administradores públicos para justificar sua não concretização.

Dentro dos embates jurídicos, em que teses e contratações foram apreciadas, diversos argumentos erigiram, especialmente o de que tais demandas não seriam passíveis de apreciação por parte do judiciário, pois se trataria de uma possível intervenção de um poder sobre o outro, ferindo a divisão espacial de poderes. Criou-se, a partir daí, uma verdadeira construção jurisprudencial acerca do tema, como demonstrado através da análise de importantes julgados da nossa Suprema Corte.

Verificou-se, por fim, que não há na verdade uma interferência na realização das políticas públicas de um Poder sobre o outro. O que há, de fato, quando o Judiciário aprecia uma demanda no sentido de concretizar um direito prestacional – negado pela Administração Pública – é a obrigação de garantir que tais políticas sejam realmente cumpridas, propiciando, ao

menos, que a dignidade das pessoas seja preservada, respeitando-se, conseqüentemente, o texto constitucional.

Em suma, a saúde é um direito ligado diretamente à vida. Sem saúde não há vida, e, por conseguinte, quando em pleno gozo pelos cidadãos, conjuntamente com outros direitos intrínsecos ao mínimo existencial, dignificada está a existência dos indivíduos. Ademais, conforme a Constituição Federal Brasileira, a saúde é direito universal garantido a todos e é dever do Estado sua eficaz prestação. Assim não ocorrendo, a soberania da federação brasileira não é composta apenas de um Estado-Administrador, muitas vezes mal gerido, mas também de um Estado-Juiz, que possui o dever constitucional de apreciar possíveis ameaças e lesões aos direitos fundamentais dos administrados.



REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2004, p. 251.
- AMORIM, Diego; MANSUR, Carolina; MARTINS, Victor. *Brasil joga R\$ 1 trilhão no lixo por ano com corrupção, descaso e incompetência*. EM, Brasília e Belo Horizonte, 25 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/08/25/internas_economia,439540/brasil-joga-r-1-trilhao-no-lixo-por-ano-com-corrupcao-descaso-e-incompetencia.shtml>. Acesso em: 25.set.2013
- ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca

do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Rui; PIRES, Homero. *Comentários a Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Acadêmica, 1934.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. N. 9, p. 5. Maio de 2007. Disponível em <<http://search.4shared.com/postDownload/H3zBxPRu/LusRobertoBarrosoNeoconst.html>>. Acesso em: 04.mai.2013.

BARRUCHO, Luís Guilherme. *Gastos públicos crescem, mas modelos de saúde ainda vive em contradição no Brasil*. BBC Brasil, São Paulo, 02 de abril de 2013. Disponível em:

<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/04/130402_saude_gastos_publicos_lgb.shtml>. Acesso em: 25.set.2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

_____, *Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos*. In: Miranda, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Lisboa: Coimbra. 1996.p. 52.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. ADPF-MC 45/DF – Distrito Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator (a): Ministro Celso de Mello, Julgamento: 04/05/2004.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. STA 175 - AgR/CE – Ceará, Suspensão de Tutela Antecipada. Relator (a):

Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 17/03/2010.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. SL 47 - AgR/PE – Pernambuco, Suspensão de Liminar no Agravo Regimental 47. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 17/03/2010.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. AgR-RE 2º 271.286-8/RS – Rio Grande do Sul, Agravo Regimento – Recurso Especial. Relator (a): Ministro Celso de Mello, Julgamento: 12/09/2000.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1484/DF – Distrito Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator (a): Ministro Celso de Mello, Julgamento: 21/08/2001.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. AgR-AP 642.536 – Amapá, Agravo Regimental no Recurso Especial. Relator (a): Ministro Luiz Fux, Julgamento: 05/02/2013.

_____, Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil*, 05 de outubro de 1988. Senado, Brasília/DF, 1988.

_____, Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 – Lei do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 20 de setembro de 1990.

_____, Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976 – Dispõe sobre a Vigilância Sanitária. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Congresso Nacional, Brasília/DF, 24 de setembro de 1976.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CHADE, Jamil. *Gasto per capita do Brasil é menor que média mundial*. Estadão, São Paulo, 16 de maio de 2013. Disponível em:
<<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-per-capita-do-brasil-com-saude-e-menor-que-media>

- mundial-,1032260,0.htm*>. Acesso em: 25.set.2013.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª Edição, revista e atualizada. Saraiva: São Paulo, 2012.
- GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 11-12.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto alegre: Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. Os Custos do Direito à Saúde no Brasil. In: *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: Aspectos Introdutórios*. Porto Alegre, março de 2010. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Estudos/Impactos%20economicos%20e%20sociais%20das%20decisoes%20judiciais.pdf>>. Acesso em: 04.mai.2013.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª. Ed. Revista Atualizada e Ampliada: Saraiva: São Paulo, 2012.
- LIMA, George Marmelstein. *Controle Judicial dos Direitos Fundamentais*. Disponível em:<www.georgemlima.xpg.com.br/emagis.doc>. Acesso em: 15.mai. 2013.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: *Estado de Direito e Ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, nº 10, janeiro, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06.Mai.2013.
- SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Revista Verba Juris. N. 4, p. 79. Janeiro/Dezembro de 2005. Disponível em <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814>>. Acesso em: 04.mai.2013.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006.