



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

Faculdade de Direito e Relações Internacionais

Curso de Direito – FADIR

Pablo Henrique Mantovani Marques

**A judicialização da saúde sob a ótica do choque dos princípios da reserva
do possível e do mínimo existencial**

**Dourados – MS
Dezembro, 2018**

Pablo Henrique Mantovani Marques

**A judicialização da saúde sob a ótica do choque dos princípios da reserva
do possível e do mínimo existencial**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Alaerte Antonio Martelli Contini.

**Dourados – MS
Dezembro, 2018**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

M357j Marques, Pablo Henrique Mantovani

A judicialização da saúde sob a ótica do choque dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial / Pablo Henrique Mantovani Marques --
Dourados: UFGD, 2018.

51f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Alaerte Antonio Martelli Contini

TCC (Graduação em Direito)-Universidade Federal da Grande Dourados
Inclui bibliografia

1. Mínimo existencial. 2. Reserva do possível. 3. Judicialização da saúde. 4.
Direitos fundamentais. 5. Ponderação de princípios. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos três do mês de dezembro de 2018, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Pablo Henrique Mantovani Marques** tendo como título "A Judicialização da Saúde sob a Ótica do Choque de Princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Dr. Alaerte Antônio Martelli Contini (orientador), Me. Arthur Ramos do Nascimento (examinador) e o Me. Bruno Alexandre Rumiatto (examinador).

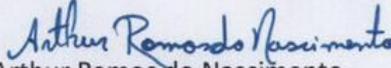
Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado.

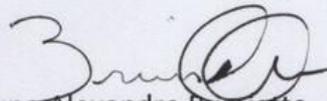
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Alaerte Antônio Martelli Contini
Mestre – Orientador


Arthur Ramos do Nascimento
Mestre – Examinador


Bruno Alexandre Rumiatto
Mestre - Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de maneira especial, a minha companheira de vida Adrielly Ramos Lopes. Sem seu apoio e incentivo incondicionais, este mero aspirante a bacharel não teria condições psicológicas de produzir este Trabalho de Conclusão de Curso, principalmente por ter sido escrito num período existencial marcado por tantas turbulências.

Meu honesto sentimento de gratidão ao orientador Alaerte Antonio Martelli Contini, por sua paciência, compreensão, confiança, auxílio, e especialmente pelos seus sacrifícios de cunho pessoal que possibilitaram a defesa do presente estudo.

Independentemente do resultado proveniente da banca, registro aqui minha profunda admiração pelo professor Arthur Ramos do Nascimento, o qual me agraciou com a honra de compor a comissão examinadora após quatro anos de ensinamentos, auxílios, conselhos e empatia. Sua característica ímpar em reconhecer as qualidades individuais e acreditar em todos seus alunos – que são centenas – é a marca que levamos (em nome de toda a XII de Direito UFGD) de um verdadeiro mestre de vida, especialmente na formação profissional dessa maioria ‘pré-adulta’.

Por fim, agradeço a todos que de maneira direta possibilitaram minha graduação: minha família-mãe Rosilda Mantovani da Silva e meus amigos – a verdadeira conquista que a UFGD serviu de palco: Pedro Espinosa de Oliveira, João Augusto Neves, Diego Ferreira, Larissa dos Reis Maria, Rafael Jacón Rodrigues, Vítor Hugo Brandão e, *last, but not least*, Jose Luiz Ramirez Adures.

*“Toda vida desperdiçada, todo fracasso existencial é uma perda para a humanidade como um todo. O Estado, o Direito e a sociedade devem contribuir, na maior extensão possível, para que cada indivíduo desenvolva suas potencialidades e realize o seu projeto de vida (DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** 2006).*

RESUMO

O presente estudo objetiva abordar o fenômeno denominado judicialização da saúde sob uma perspectiva teórica-doutrinária com escopo na ponderação entre os princípios constitucionais do mínimo existencial e da reserva do possível, esta atribuída à administração pública e aquele, ao cidadão. Em uma abordagem sintética, fora atribuído como judicialização da saúde o fato de que a efetiva obtenção de tratamento medicamentoso nos dias atuais tende – e cada vez mais – a condicionar-se ao protocolo de ações judiciais com esse objetivo. Dentre os principais motivos está a indisponibilidade do medicamento receitado nos estabelecimentos públicos de distribuição, que pode ser motivada por diversos fatores: ausência de regulamentação, custo elevado, eficácia duvidosa, etc. O princípio fundamental ao mínimo existencial é estudado desde a concepção inicial até sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, onde demonstra-se a importância de sua efetivação num Estado Democrático de Direito. Analisar-se-á, também, a validade do instituto que tem freado sua aplicabilidade: a reserva do possível. Nesse cenário, ao ser provocado, o intérprete judicial depara-se com situações em que a garantia desenfreada de tratamento medicamentoso pode resultar num prejuízo ao mínimo existencial de toda uma coletividade, resultado da alocação repentina do orçamento estatal originariamente destinado às políticas públicas de saúde para o cumprimento de ordens judiciais. Constata-se, através de análises bibliográficas (doutrinárias), que a reserva do possível não deve apenas ser utilizada como argumento da negativa genérica de direitos, como alguns defendem, mas sim proporcionar uma efetiva distribuição dos recursos financeiros do Estado, que são finitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mínimo existencial. Reserva do possível. Judicialização da saúde. Direitos fundamentais. Ponderação de princípios.

ABSTRACT

The present study aims to address the phenomenon called judicialization of health from a theoretical-doctrinaire perspective, with a ponderation between the constitutional principles of the existential minimum and the resource limitation, the last one attributed to the public administration and the first to the citizen. In a synthetic approach, the judicialization of health was attributed to the fact that the actual obtaining of medicine treatment nowadays tends - and increasingly - to be conditioned to the protocol of lawsuits with this objective. Among the main reasons is the unavailability of the medicine prescribed in public distribution establishments, which may be motivated by several factors: lack of regulation, high cost, dubious efficacy, etc. The fundamental principle to the existential minimum is studied from its initial conception until the application in the Brazilian legal system, where it is demonstrated the importance of its effectiveness in a Democratic State of Law. The study will also analyze the validity of the institute that has restrained its applicability: the resource limitation. In this scenario, the judicial interpreter (judge) is confronted with situations in which the unrestricted guarantee of medicine treatment can result in a loss to the existential minimum of an entire collective, resulting from the sudden allocation of the public budget – originally destined to public health policies – for the enforcement of court orders. It should be noted that the resource limitation should not only be used as an argument for the generic denial of rights, as some argue, but rather to provide an effective distribution of the finite financial resources of the State.

KEYWORDS: Existential minimum. Resource limitation. Judicialization of health. Fundamental rights. Ponderation of principles.

Lista de Abreviaturas

| | |
|-------|--|
| CF/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| EUA | Estados Unidos da América |
| LOS | Lei Orgânica da Saúde |
| OMS | Organização Mundial da Saúde |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| SUS | Sistema Único de Saúde |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| CAPÍTULO 1 – O DIREITO À SAÚDE: HISTORICIDADE, POSITIVAÇÃO E EFETIVAÇÃO NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO | 13 |
| 1.1. De uma idealização universal a positivação constitucional: os direitos humanos consagrados como fundamentais. | 14 |
| 1.2. O direito à saúde no Brasil. | 18 |
| CAPÍTULO 2 – A DOCTRINA CONSTITUCIONAL NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS, TEORIA DA EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. .. | 22 |
| 2.1. A classificação evolucionista dos direitos fundamentais. | 22 |
| 2.1.1. A Teoria das Gerações de Direitos de Karl Vasak. | 22 |
| I – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO. | 23 |
| II – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO. | 25 |
| III – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO. | 27 |
| 2.2. A interpretação dos direitos fundamentais para além de suas categorizações doutrinárias. | 29 |
| 2.3. A teoria da efetividade no plano constitucional. | 31 |
| 2.4. A teoria dos princípios e a técnica da ponderação alexyana. | 32 |
| I – CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA NO SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS: LIMITAÇÃO OU GARANTIA? | 35 |
| CAPÍTULO 3 – A COLISÃO JUDICIAL ENTRE O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL | 37 |
| 3.1. O Princípio fundamental do mínimo existencial | 37 |
| 3.2. A Reserva do possível | 41 |
| 3.3 Judicialização da saúde: a obtenção de tratamento medicamentoso pela via judicial. | 43 |
| I – DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE. | 43 |
| 3.4. Do processo judicial: Mínimo Existencial <i>versus</i> a Reserva do Possível | 44 |
| CONCLUSÃO..... | 47 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 49 |

INTRODUÇÃO

No trigésimo aniversário da nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o país segue na luta para garantir efetividade não só à Lei Maior em si, mas também aos direitos fundamentais nela consagrados. Os direitos que demandam uma prestação pecuniária do Estado ocupam posição de destaque nesse desafio, uma vez que seu objeto é condicionado ao finito orçamento estatal.

A problemática tem conquistado espaço nas discussões jurídicas contemporâneas em razão do crescente número de processos judiciais demandando prestações sociais – previstas constitucionalmente – do Estado, em especial o pleito de tratamento medicamentoso, respaldado pelo direito à saúde. Isso porque o constituinte originário garantiu aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (CF/88, art. 5, § 1º), tornando legítimo o Poder Judiciário em apreciar a matéria, pois trata-se de uma garantia de efetividade da própria Constituição.

Todavia, a prestação ordinária de tratamentos de saúde e medicamentos foi conferida aos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente por ser objeto de deliberação democrática (orçamento público) e exigir uma visão panorâmica estratégica da Administração Pública como um todo, objetivando garantir um acesso igualitário às políticas públicas pelos seus destinatários. De acordo com o artigo 196 da CF/88:

Art. 196. 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. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, a constante e cada vez mais frequente judicialização da saúde tem causado severos danos à promoção do direito à saúde de maneira universal à população. A alocação súbita de recursos para cumprimento de ordens judiciais tem gerado para os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) rombos no orçamento anual previsto, impossibilitando a distribuição regular de medicamentos para parcela significativa da população.

Com efeito, é impossível à administração pública prever a cifra necessária ao cumprimento de decisões judiciais – que crescem em quantidade e custo dos próprios medicamentos – na elaboração de seu orçamento, o que leva a uma alocação de recursos repentina que vem a prejudicar um número muito maior de cidadãos, pois estarão com mais dificuldade, quando não impossibilitados de obter tratamentos simples que seriam possíveis

dentro do orçamento previsto. Em verdade, configura-se como uma espécie de efeito cascata, onde o orçamento público defasado por atender a mandamentos judiciais prejudica a distribuição ordinária de tratamento de saúde e distribuição de medicamentos, afetando uma série de indivíduos que podem vir a pleitear judicialmente seu tratamento.

Objetivando frear esse resultado percebido há tempos, a administração pública tem sustentado que o mínimo existencial do indivíduo possui uma limitação na reserva do possível, pois a indisponibilidade dos recursos constitui limite fático à efetivação desse direito. Alega-se a impossibilidade de cumprimento da medida pleiteada pela ausência de orçamento disponível.

Dessa forma, cumpre refletir sobre a ponderação a ser feita, no caso concreto, pelo magistrado, conferindo então a valoração adequada a esses dois grandes preceitos constitucionais: o princípio fundamental ao mínimo existencial e a reserva do possível. A metodologia empregada no presente estudo concentra-se em revisão bibliográfica.

Num primeiro momento, o objeto do capítulo inicial está na definição do que devemos entender quando se diz direito à “saúde”, bem assim em demonstrar um panorama jurídico, disposto na CF/88 e na LOS, acerca da efetivação desse direito.

No segundo capítulo analisa-se a produção doutrinária na seara dos direitos fundamentais, em especial sua classificação evolutiva, a efetividade através da CF/88 e como devem ser ponderados em caso de colisão.

No terceiro e último, tratar-se-á especificamente dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, abordando também a denominada judicialização da saúde, palco da colisão dessas premissas constitucionais.

Portanto, constitui objeto do presente trabalho de conclusão de curso a reflexão sobre a obtenção de tratamento medicamentoso pela via judicial, com escopo no conflito de princípios da própria Constituição.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO À SAÚDE: HISTORICIDADE, POSITIVAÇÃO E EFETIVAÇÃO NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

A conceituação histórica do termo “saúde” elucida que o tema possui conotação além de, obviamente histórica, também econômica, política, cultural e social. Sua etimologia revela que a raiz *salus* possui, no latim, a definição do atributo principal dos inteiros, intactos, íntegros (VAAN, 2008, p. 537). Nesse sentido, compreensível uma concepção superficial – e, de plano, equivocada – de que um indivíduo saudável se caracterize tão somente como aquele livre de enfermidades e deformações.

Contudo, frise-se que saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas e filosóficas (SCLIAR, 2007, p. 30). O mesmo aplica-se à concepção de doença que, considerando ser o antônimo de saúde, sua análise também está inserida no contexto acima descrito.

Assimilamos essa realidade com um olhar direcionado ao período da escravatura, onde a drapetomania se caracterizava pelo desejo de fuga dos escravos, cujo tratamento – indicado em 1851 por Samuel A. Cartwright, médico de Louisiana, EUA – era o açoite. Tratamento este que também era aplicável à disestesia etiópica, outro diagnóstico de Cartwright, que explicava a falta de motivação para o labor entre os negros escravizados. Nesse cenário – e por mais absurdo que possa soar –, os escravos portadores dessas “doenças” não eram indivíduos tidos como saudáveis no escravagista sul dos Estados Unidos da América. (SCLIAR, 2007, p. 30)

Assim, o conceito de saúde aqui abordado não se resume à mera observância ou não de patologias no indivíduo, mas sim da capacidade de desenvolver uma vida em que estejam presentes os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde cuidou em definir o termo saúde em “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a simples ausência de doenças e outros danos” (OMS, 1946).

Com efeito, trata-se de um marco para todas as tratativas concernentes à ideia de uma vida minimamente digna, tanto pela superação de dogmas religiosos – em detrimento da ciência –, mas principalmente pela ideia de um bem-estar geral do indivíduo considerando o ambiente a qual está inserido:

Observa-se, portanto, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a

conceituação da saúde, recuperando a experiência predominante na história da humanidade, de que são reflexos os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels, por exemplo. (DALLARI, 2013, p. 253)

Apesar de ser definido pela Organização Mundial da Saúde, o novo conceito não obteve – e ainda hoje não detém – total aceitação. Isso porque, segundo Sueli Gandolfi Dallari, argumenta-se que corresponde à definição de felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de se alcançar e que, além disso, não é operacional (DALLARI., 2013, p. 253). Entretanto, conclui a autora que das mais diversas conceituações de saúde, ainda que se reconheça uma difícil operacionalização, qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore a necessidade de equilíbrio interno do homem, e deste com o ambiente, o deformará irremediavelmente.

1.1. De uma idealização universal a positivação constitucional: os direitos humanos consagrados como fundamentais.

O caminho percorrido desde a atual conceituação de saúde – consagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU) – até seu reconhecimento como garantia fundamental, bem assim sua efetivação como tal direito, tem como precursora lógica a inserção dos direitos humanos, de caráter internacional, no ordenamento jurídico dos países signatários da ONU.

Preliminarmente, a abordagem dos direitos humanos requer a concepção básica de que o Direito é uma ciência social, diretamente atrelado aos contextos históricos que o definiram e, conseqüente e principalmente de que não surgiram num mesmo momento e que são mutáveis ao passo em que a sociedade evolui – ou retrocede. No tocante à historicidade dos direitos humanos:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5)

Nesse cenário, Sueli G. Dallari estabelece um marco inicial para que a efetivação dos direitos humanos seja possível e aplicável aos indivíduos inseridos em um determinado território: a implementação de um Estado de Direito, seguido da positivação dessas garantias de caráter internacional – e, portanto, carente de recursos aptos a atribuir o caráter vinculante dessas normas –, no sistema normativo pátrio:

Apesar do grande conteúdo político abrigado na expressão direitos humanos – responsável pelo interesse primário dos filósofos – foi necessária a gradual positividade desses direitos para torná-los eficazes. Assim, não pode prescindir do estabelecimento do Estado de Direito, contemporâneo da adoção da Constituição [...]. (DALLARI, 2013, p. 255)

O Estado de Direito, na doutrina clássica, consolida-se como “um Estado cujos atos são realizados em sua totalidade com base na ordem jurídica” (KELSEN, 1959, p. 120). Significa dizer que é um governo através das leis, onde a Administração Pública está vinculada por texto normativo que a antecede, visando trilhar os caminhos cujos representantes estatais devem seguir – impondo não apenas a maneira como deve fazê-lo, mas principalmente os limites de sua atuação.

Com efeito, o poder dos governantes passou a ser controlado a partir das revoluções burguesas do século XVII – e incontestavelmente marcada pela Revolução Francesa no século XVIII (1789) –, onde “idealizaram uma constituição que se restringisse a estabelecer normas sobre o controle dos governantes. As funções públicas seriam clara e taxativamente definidas” (DALLARI, 2000, p. 113).

A história nos mostra que eram nítidos os interesses econômicos e sociais diretamente ligados especificamente aquele grupo¹, onde a constituição apenas teria o papel de resguardar as garantias individuais relacionadas à liberdade e, essencialmente, a propriedade privada. Isso era, à época, a concepção de matéria constitucional.

[...] as Constituições dos [...] Estados burgueses estão [...] compostas de dois elementos: de um lado, os princípios do Estado de Direito para proteção da liberdade burguesa frente ao Estado; de outro, o elemento político do qual se deduzirá a forma de governo [...] propriamente dita. (SCHIMITT, 1934, p. 47)

Todavia, importante ressaltar que o Estado de Direito não necessariamente impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública (CROSA, 1946, p. 25), sendo esta uma característica do Estado Democrático de Direito que, inclusive, é concebido pela Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente em seu artigo 1º². Significa dizer que um estado democrático visa realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos

¹ Frise-se que a constituição pode e deve resguardar o interesse de seu povo, dispondo de garantias destinadas a sujeitos eventualmente inseridos em um determinado grupo, sempre com o escopo de se atingir a igualdade material, também chamada de substancial. Contudo, os burgueses idealizaram uma constituição para atender unicamente – ainda que de maneira não tão explícita – os interesses de sua classe, motivados por fatores alheios ao objetivo do presente estudo.

² CF/88, art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito[...]”.

fundamentais da pessoa humana (SILVA, 2000, p. 20). Nesse sentido, em verdade, contrapõe-se ao Estado Liberal oriundo dos burgueses, como mero Estado de Direito:

[...] a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito. (BONAVIDES, 1961, p. 16)

Ainda, a efetiva democratização de um estado de direito guarda íntima relação com sua constituição, de maneira com que a priorização da aplicação da Lei Maior – em especial suas cláusulas pétreas – em sede judicial se justifique, mesmo quando entrar em conflito com a vontade popular do momento:

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. (BARROSO, 2007, p. 10)

Superadas as tratativas concernentes ao conceito e origem do Estado de Direito, resta cristalina a concepção de que uma norma internacional, quando incorporada à legislação pátria, possui o tão almejado poder vinculante – a ser exercido pela própria jurisdição do Estado – que, *in casu*, os representantes estatais que compunham a Organização das Nações Unidas desesperadamente almejavam.

Consigne-se que a internacionalidade dos direitos humanos não foi tão somente motivada pela súbita concepção da existência de direitos inerentes ao homem. A urgência com que tratativas nesse sentido foram abordadas encontra respaldo no espanto e comoção mundial no período do segundo pós-guerra:

[...] o que conduziu finalmente a adoção ‘oficial’ de medidas tendentes a assegurar proteção internacional dos direitos humanos foi a quantidade de atrocidades cometidas contra a humanidade pelos poderes fascistas durante a Segunda Guerra Mundial. (SZABO, 1984, p. 50)

Por fim, a Assembleia Geral da ONU de 1966 aprovou dois pactos de direitos humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais. Nosso foco se direciona ao último, que entrou em vigor na data de 3 de janeiro de 1976³ e previa, expressamente, o direito a saúde à população dos países signatários:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
 - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Tem-se, portanto, o marco principal do reconhecimento do direito à saúde em sua concepção moderna. Não se pode olvidar de que se trata de uma norma muito ampla, ao passo em que não poupa esforços em assegurar condições dignas desde a gênese da vida:

Pode-se verificar, portanto, que o conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, abrangendo desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana. (DALLARI, 2013, p. 256)

Dessa maneira, a concepção presente na mentalidade de todo cidadão quando tratamos de direitos e garantias fundamentais possui como precursor o reconhecimento de direitos humanos de nível internacional no ordenamento jurídico pátrio – sendo tratados, portanto, como direitos fundamentais.

Com efeito, importante apontar para a distinção técnica entre eles, onde – no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet –, são direitos humanos:

Aqueles assegurados no plano do direito internacional (portanto, assegurados a qualquer pessoa independentemente de seu vínculo com determinado Estado, além de oponíveis ao próprio Estado perante as instâncias supranacionais de tutela). (SARLET, 2013, p. 15)

Quanto aos direitos fundamentais, caracterizam-se como aqueles consagrados e positivados no plano do direito constitucional de cada Estado. Nesse sentido, vale lembrar a já mencionada disparidade entre a efetividade destes e a dos direitos humanos, onde a eficácia dos direitos fundamentais está tutelada – em se tratando do Brasil – pelo poder Judiciário.

³ Incorporado no Brasil através do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

Vale lembrar que a função de tutela a ser exercida pelo judiciário se justifica nas hipóteses de omissão dos demais segmentos de poder estatal – ausência de legislação, em geral, pelo Legislativo ou falta de promoção de políticas públicas pelo Executivo –, de modo que a efetividade dos direitos fundamentais se caracterize em sua oponibilidade direta em face do Estado. Com efeito, analisaremos os aspectos doutrinários no tocante aos direitos fundamentais no segundo capítulo do estudo.

1.2. O direito à saúde no Brasil.

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 constitui o marco definitivo do processo de redemocratização do Brasil. Deste norte, o intensivo debate nacional quanto à efetivação dos direitos sociais – principalmente da saúde – àquela oportunidade teve influência direta (BARROSO, 2007, p. 14) na consagração, pelo artigo 196 da Lei Maior, do direito à saúde como “direito de todos e dever do Estado” e, em especial, “ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF/88, art. 196, *caput*).

Com efeito, o expresso dever estatal é marcado pela implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) – ainda em sede constitucional, disposto no art. 198 da CF/88) –, cuja definição encontra-se em um dos dispositivos legais que o regulam:

O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). (Lei nº 8.080/1990, art. 4, *caput*)

A Constituição Democrática de 1988, longo de seus 250 artigos – excluindo-se o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – é harmônica ao tratar o direito a saúde como um dever do Estado como um todo. Do ponto de vista federativo, atribuiu competência concorrente – e não privativa da União – para se legislar sobre proteção e defesa do direito à saúde, ao passo em que atribuiu competência comum (entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para formular e executar políticas de saúde:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, disciplinou as atividades de governo a fim de se garantir o direito à saúde para todos. Considerando ser o "cuidar da saúde" tarefa de todos, incluiu-o entre as competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23, II). E definiu a competência legislativa concorrente para a proteção e a defesa da saúde, atribuindo à União o estabelecimento das normas gerais, e aos Estados e aos Municípios a suplementação das mesmas

(art. 24, §s 1º e 1º c/c art.30, II). E, preocupado em garantir que as atividades de atendimento à saúde da população e, portanto, de seu cuidado, partissem das necessidades expressas na esfera municipal, e se lhes adequassem, o constituinte brasileiro afirmou a competência do Município para "prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, ... (esses) serviços" (art.30, VII). (DALLARI, 2000, p.125-126)

A partir da previsão constitucional, foram editadas normas infraconstitucionais com a finalidade de regular, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, em especial o SUS: a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 e a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, às quais se conferem, em conjunto, a denominação de Lei Orgânica da Saúde – LOS.

À Lei Orgânica da Saúde foi encarregada a função de traçar diretrizes e limites a serem respeitados pela União, pelos Estados – e Distrito Federal – e pelos Municípios sempre que elaborarem normas – em seus respectivos territórios – quando tratarem do direito à saúde. Significa dizer que sempre que houver atuação de qualquer esfera Federativa, seja material ou normativamente, estão vinculadas às diretrizes da LOS.

Do contrário, em virtude da atribuição de competência comum na efetivação do direito à saúde, a ausência de diretrizes implicaria na superposição entre a atuação das esferas federativas e viria a prejudicar a devida prestação de tratamento medicamentoso aos seus destinatários:

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja *cooperação* entre elas, tendo em vista o “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de *competência comum* não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas. (BARROSO, 2007, p. 15)

Com efeito, a LOS firma-se- como uma Lei-quadro, esclarecendo o papel das esferas de governo na efetivação do direito à saúde no Brasil:

De modo especial, a LOS colabora na definição do direito à saúde; estrutura o SUS, tornando claros seus objetivos e suas atribuições, as diretrizes que devem orientar suas organização, direção e gestão, a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder e a forma de participação da comunidade na gestão do sistema em cada uma dessas esferas; disciplina a participação dos serviços privados na prestação de assistência à saúde; disciplina a formulação e execução da política de recursos humanos na área da saúde; organiza o financiamento do SUS - tratando, expressamente, dos recursos, da gestão financeira, do processo de planejamento e do orçamento, inclusive das transferências intergovernamentais de recursos financeiros. (DALLARI, 2000, p. 127-8)

Dentre seus objetivos, destaca-se – sob a perspectiva social – o princípio da universalidade (Lei 8.080/90, art. 7º, inc. I), garantindo a todas as pessoas o acesso aos serviços de saúde oferecidos pelo Estado. Da ótica administrativa, registra-se o da subsidiariedade e o da municipalização (Lei 8.080/90, art. 7º, inc. IX), dando “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios”, particularmente na distribuição de medicamentos.

Registre-se, de maneira sintética e sem o condão de exaurir o tema, que a universalidade do SUS é palco de severas críticas da doutrina contemporânea. Isso porque prestar serviços de saúde gratuitos ao particular que detenha condições financeiras de custeá-las – sem prejuízo de acesso a outros bens fundamentais – só faz por perpetuar o contexto social brasileiro, marcado por uma severa desigualdade econômica. Aquele que possui condições de arcar com um plano de saúde privado (a observar parâmetros como renda mensal e patrimônio) utilizar-se dos escassos recursos destinados à efetivação do direito à saúde vai de encontro com o princípio da isonomia, ou também, igualdade formal:

O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual, em que a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda, muito embora as fontes específicas de financiamento do sistema de saúde. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos, a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério (...). Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual entre os desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que, no mínimo, o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, pelo menos para efeitos de uma distribuição mais equitativa das responsabilidades e encargos, maximizando assim o acesso em termos do número de pessoas abrangidas pelo sistema e buscando uma maior qualidade dos serviços. (SARLET, 2013, p.42)

Luís Roberto Barroso, à época Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro, traça um panorama prático das atribuições e competências de cada ente federativo no fornecimento de tratamento medicamentoso pelo Poder Público:

A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção *nacional* do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção *estadual* do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes

prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção *municipal* do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e **executar** os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III). (BARROSO, 2007, p. 16)

Desse norte, observa-se que o princípio da municipalização atribuí aos Municípios a execução direta – via políticas públicas – do direito à saúde para com seus destinatários. Todavia, isso não isenta de responsabilidade os Estados e a União que, em virtude do princípio da subsidiariedade, devem suprir de modo supletivo eventuais omissões dos Municípios. Novamente: é dever do Estado como um todo.

Cumprе salientar que apesar da atribuição constitucional aqui exposta ter sido discutida sob o âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário também é responsável pela garantia do direito à saúde. Com efeito, o direito à saúde é insculpido no rol de direitos sociais da Constituição Federal (art. 6º, *caput*), os quais possuem aplicabilidade imediata (CF/88, art. 5º, § 1º) e, portanto, diretamente exigíveis nas vias judiciais. Nesse sentido, voltaremos a tratar do tema, abordado o efeito denominado judicialização da saúde no último capítulo do estudo.

CAPÍTULO 2 – A DOUTRINA CONSTITUCIONAL NO BRASIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS, TEORIA DA EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

2.1. A classificação evolucionista dos direitos fundamentais.

Ao serem incorporadas nas constituições dos Estados, as normas de direitos fundamentais possuem dois critérios formais de diferenciação das demais, na linha dos ensinamentos de Carl Schmitt. Com efeito, o primeiro critério condiz à já abordada positivação e especificação dos direitos fundamentais no instrumento constitucional. Já o segundo diz respeito à sua segurança, blindando-os contra intervenção do legislador ordinário (SCHMITT, 1954, p. 163-173). Segundo Paulo Bonavides, embasado nas lições do referido jurista alemão:

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição. (BONAVIDES, 2008, p. 560)

Quanto ao seu critério material, enuncia-se que os direitos fundamentais variam conforme a modalidade ideológica de cada Estado, são diretamente ligados aos valores e princípios que sua respectiva Constituição consagra (SCHMITT, 1954, p. 164).

Apesar de sua positivação e proteção contra revogações ou erosões do próprio legislador ordinário (CF/88, art. 60, §4º, inc. IV), os valores concebidos como direitos fundamentais “são bastante dinâmicos, sujeitos a saltos evolutivos e a tropeços históricos, já que acompanham a evolução cultural da própria sociedade” (MARMELSTEIN, 2008, p. 40). Evolução esta que é marcada por conquistas a partir de reivindicações concretas diante de situações de injustiça e agressões. Novamente: “nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 5).

2.1.1. A Teoria das Gerações de Direitos de Karl Vasak.

Para ilustrar essa evolução, Karl Vasak desenvolveu durante a aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo no ano de 1979 (BONAVIDES, 2008, p.563), a chamada *teoria das gerações dos direitos*, onde fez um paralelo entre as conquistas históricas nessa seara e o lema da Revolução Francesa de 1789: a tríade

liberdade, igualdade e fraternidade, que corresponderiam, aos direitos de primeira, segunda e terceira geração, respectivamente.

Contudo, antes de adentrar-se à teoria em si, há de se fazer determinadas ressalvas quanto à utilização da terminologia “gerações de direitos fundamentais”. Boa parte da doutrina do século XXI defende a utilização do termo “dimensões de direitos fundamentais” por considerar que o termo *geração* está associado à falsa ideia de uma substituição gradativa de uma geração por outra, onde, em verdade, o processo é de acumulação e não de sucessão (MARMELSTEIN, 2008, p. 56-57).

Nesse sentido, constata-se a ideia de que o reconhecimento, pelo Estado, de uma nova geração – e os direitos aparentemente decorrentes dela – está condicionada ao pleno exercício das garantias da geração anterior. Os efeitos práticos se verificam da seguinte forma:

Isso, obviamente, dificulta bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos de chamada “primeira geração”. Essa ideia poderia gerar a sensação de que somente os países já ricos poderiam se dar ao luxo de oferecer os direitos de segunda geração. É aquela velha afirmação, tão ao gosto dos economistas brasileiros, de que primeiro é preciso que o bolo cresça para somente depois ser repartido. Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação. (MARMELSTEIN, 2008, p. 57)

Dito isso, prosseguimos com a teoria de Karel Vasak com a única ressalva de substituir o termo originário *gerações* por *dimensões* de direitos fundamentais.

I – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são fundados na liberdade, inseridos no contexto histórico do século XIII e marcado pela positivação dos direitos civis e políticos no instrumento normativo constitucional no que foi chamado de “fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente” (BONAVIDES, 2008, p. 563).

São direitos do indivíduo, oponíveis ao Estado, também chamados de direitos de defesa. Na concepção de Clovis Gorczewski:

De acordo com a ideia liberal clássica, são direitos “destinados, antes de tudo, a assegurar a esfera da liberdade do indivíduo frente a intervenções do poder público; são direitos de defesa do cidadão frente ao Estado”. Trata-se de uma oposição à ação do Estado que tem a obrigação de abster-se de atos que

possam representar a violação de tais direitos; constituem-se, portanto, em uma limitação ao poder público. (GORCZEWSKI, 2009, p. 132)

A liberdade aqui consagrada pode ser entendida como uma vitória sobre o absolutismo que predominava à época, um sistema de governo que impunha aos seus cidadãos condutas que criminalizavam o livre pensamento e a liberdade humana em si, como observa-se na imposição religiosa da igreja católica: o Tribunal da Santa inquisição foi restabelecido em 1542, com o objetivo de acabar com os ditos hereges, que tinham a ousadia de questionar a fé imposta pela igreja e pelo soberano. Ainda, a perseguição às ideias progressistas que iam de encontro com os mitos bíblicos: Copérnico e Galileu foram perseguidos por defenderem que a Terra gira em torno do Sol e não o contrário; a caça às bruxas – mulheres que não aceitavam ser submissas apelas pelo seu gênero. A repressão penal desarrazoada, penas cruéis, a imposição de uma extrema carga tributária com o fim único de bancar o soberano, dentre outros (MARMELSTEIN, 2008, p. 42-44).

Nesse sentido, ainda que sejam consagrados os direitos civis e políticos como inclusos nessa geração, ela é marcada tão somente pela liberdade, porque “valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista [...]” (BONAVIDES, 2008, p. 564).

Praticamente todas as declarações de direitos elaboradas no referido período histórico proclamaram em seu texto o direito de igualdade, mas não se observava um interesse real em garanti-lo:

[...] A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789 pelo parlamento francês, começa seu texto proclamando que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Apesar disso, na mesma época, ficou decidido que o direito de voto seria restrito aos homens que tinham posses (voto censitário). O sufrágio universal sequer foi mencionado. Com isso, grande parcela da população ficava à margem do jogo político, inclusive as mulheres. Os “homens e cidadãos”, mencionados no texto, eram mesmo pessoas do sexo masculino e não uma figura de linguagem. (MARMELSTEIN, 2008, p. 45-46)

Com efeito, até mesmo a liberdade não tinha como destinatário final todo e qualquer ser humano. A escravidão seguia aceita, inclusive defendida pelos filósofos liberais da época, como John Locke e Thomas Jefferson. No Brasil, não obstante o artigo 179, inciso XIII da Constituição Política do Império de 1824 dispor que “a Lei será igual para todos”, a escravidão só foi abolida – juridicamente – pela Lei Áurea em 1888. (MARMELSTEIN., 2008, p. 46).

Todo esse panorama permite concluir que o momento histórico de surgimento dos direitos de primeira dimensão teve como pilar uma concepção extremamente contextualizada

de liberdade. Contudo, sua importância é realçada pelo anseio de uma universalização de direitos:

[...] os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão. (BONAVIDES, 2008, p. 563)

A busca por igualdade que se verifica nos documentos da época não é de todo invalidado pela problemática sucintamente aqui relatada. Ainda que soe como gritante a disparidade entre as positivacões constitucionais nessa seara e a realidade da população – em especial os negros, mulheres e pobres –, a ideia de que todos são iguais perante a lei, inclusive os chefes de governo, é o que se chamamos hoje de igualdade formal: uma igualdade de todos perante a lei, sem levar em conta as possíveis diferenças existentes entre as pessoas. Sem desconsiderar sua importância, não há de se falar em conquistas reais em matéria de superação de injustiças sociais nessa época, notadamente as que afrontam o princípio da igualdade real – ou material.

II – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO.

A segunda dimensão de direitos fundamentais tem como base a igualdade (material), e surge nos séculos XIX e XX, marcados pela Revolução Industrial e o fim da Primeira Guerra Mundial, período de transição do Estado Liberal para o Estado Social, consagrados ineditamente na Constituição do México de 1917 e logo após na Constituição Weimar de 1919 (Alemanha).

Aqui temos a presença dos direitos trabalhistas, bem assim dos direitos sociais, econômicos e culturais (individuais e coletivos). Ao passo em que a primeira dimensão dos direitos fundamentais tinha como escopo a igualdade formal (todos iguais perante a lei), nesta há a preocupação em alcançar a igualdade material, tratando os desiguais na medida de sua desigualdade⁴:

O reconhecimento formal desses direitos é fruto da constatação de que a liberdade contratual dos trabalhadores é ilusória, tendo em vista estarem em uma posição de fragilidade e, por falta de opção, sempre aceitam as imposições dos empregadores. Desse modo, no intuito de compensar a inferioridade econômica dos empregados, o ordenamento jurídico passou a

⁴ O *Welfare State* surge devido ao avanço desenfreado do capitalismo, que compeliu a classe operária – inclusive crianças – a empregar-se nas fábricas em condições sem a mínima observância da dignidade da pessoa humana, situação em que tratar o patrão e o operário como iguais se revelou fútil e ignorante. Reunida, a classe trabalhadora, sob a bandeira socialista, conquistou o reconhecimento dos direitos humanos de caráter social e econômico (MARMELSTEIN, 2008, p. 47-51).

contemplar inúmeros limites aos empregadores e direitos mínimos a serem observados na relação trabalhista. Entre esses direitos, vale citar: a garantia de recebimento de salário mínimo, piso salarial, o direito de greve e de sindicalização, o direito a férias, a limitação da jornada diária de trabalho etc. (MARMELSTEIN, 2008, p. 49)

Nesse cenário, importante atentar para o caráter prestacional da segunda dimensão dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, pois neles estão inseridos os direitos à educação, ao lazer, à assistência social e, principalmente – sobre a ótica do presente estudo – à saúde. André Ramos Tavares conceitua direitos sociais como:

Os que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais. (TAVARES, 2012, p. 837)

Ocorre que nem toda prestação a que se opõe ao Estado é um direito social. Para Robert Alexy, os direitos a prestações em sentido amplo são divididos em três grupos: i) direitos a proteção; ii) direitos a organização e procedimento; e iii) direitos a prestações em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 444). Os direitos sociais estão inseridos no último grupo e são, consequentemente, denominados direitos a prestações em sentido estrito:

Direito a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros e suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 499)

Apesar de sua decorrência direta dos direitos fundamentais de segunda dimensão, surge a necessidade de se reafirmar seu *status* de direito fundamental ao abordamos os direitos sociais, ainda que soe como um pleonasma.

[...] os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana) (MARMELSTEIN, 2008, p. 174).

Isso porque há quem defenda a limitação dos direitos sociais à observância do denominado “mínimo existencial”, que será amplamente abordado adiante no estudo. Tal limitação teria o condão de superar sua ineficácia social. Sem, por hora, aprofundamo-nos ao assunto:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. (TORRES, 2008, p. 41)

Com todo o respeito ao posicionamento liberal na fundamentação desses direitos, firmamos posição no sentido do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, considerando que as consequências no concernente à sua aplicabilidade e proteção são essenciais na garantia do Estado Democrático de Direito:

[...] os direitos sociais – por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, § 4º, inciso IV da CF) (...) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, § 1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível. (...) Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais. (SARLET, 2013, p. 18-19)

Os direitos de primeira e segunda dimensão possuem diversas conexões entre si, pois ambos demandam uma posição – seja ela negativa ou prestacional – do Estado. Mais além, para o pleno exercício da liberdade, a todos os cidadãos devem ser garantidas condições mínimas de igualdade (liberdades fáticas) para que se possa desfrutar das liberdades que lhe são asseguradas na legislação (liberdades jurídicas).

III – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO.

Os últimos – limitando-se à teoria de Karel Vasak – direitos fundamentais a surgirem são os da terceira dimensão, contextualizados historicamente no século XX, notadamente após o fim da Segunda Guerra Mundial e correspondem ao último elemento preconizado na Revolução Francesa: a fraternidade.

O segundo pós-guerra – em especial ante a constatação das barbáries cometidas contra a humanidade pelos poderes fascistas – deu gênese a um sentimento de necessidade de se internacionalizar valores fundados na dignidade da pessoa humana. Contudo, ainda que objetivem uma vida digna, são direitos que não têm um destinatário em específico – individual ou determinado grupo –, mas sim todo o gênero humano:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2008, p. 569).

Foram identificados – na teoria de Vasak – cinco direitos fundamentais oriundos da fraternidade: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito da comunicação.

Aqui, não concebemos o Estado como um possível opressor – como nos direitos de defesa – ou passível de exigências de cunho prestacional, mas sim como garante de direitos fundamentais individuais nas relações humanas transindividuais:

Observa-se aqui uma importante mudança na concepção de Estado que deixa de ser visto exclusivamente como um poder despótico e passa a ser reconhecido enquanto poder capaz de garantir o equilíbrio econômico-social. A sociedade deixa de preocupar-se somente com a proteção individual frente à ação do Estado e passa a exigir desse uma atuação concreta na realização coletiva dos novos direitos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 139)

O fato de existir uma terceira e última geração de direitos fundamentais proposta por Vasak – limitando-se à tríade da Revolução Francesa – denota que sua relação eventualmente não acompanharia o desenvolvimento da ciência (social) do Direito. A descoberta e formulação de novos direitos são e serão um processo sem fim:

[...] é apenas indicativa daqueles que se delinearão em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo. (BONAVIDES, 2008, p. 569)

Por fim, com o avanço desenfreado da tecnologia e do conhecimento, citemos alguns temas extremamente contemporâneos que guardam relação direta com princípios fundamentais e parecem – num primeiro momento – não se adequar ao modelo visto:

As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental decorrente do aquecimento do planeta, o terrorismo e as consequentes medidas de segurança antiterroristas, entre outros riscos e ameaças da atualidade, fazem com que novas reivindicações se incorporem na agenda política da comunidade. (MARMELSTEIN, 2008, p. 54)

Contudo, a alegoria de Vasak se faz suficiente sob o prisma do presente estudo. Seria desnecessário adentrar nas discussões doutrinárias concernentes aos direitos fundamentais de quarta, quinta e até sexta geração quando nosso objetivo tem como protagonista um direito social (fundamental) de segunda dimensão.

2.2. A interpretação dos direitos fundamentais para além de suas categorizações doutrinárias.

Como demonstrado, a primeira dimensão dos direitos fundamentais é fundada na liberdade e impõe ao Estado uma série de condutas negativas, ou seja, de abster-se a todo e qualquer ato que viole o direito – hoje tido como fundamental – à liberdade de seu cidadão. Os chamados direitos de defesa.

Ao passo em que a segunda dimensão de direitos fundamentais demanda uma prestação do Estado, visto que embasadas num ideal de igualdade material, objetivando sanar injustiças sociais. São denominados direitos positivos.

Todavia, conceber um direito fundamental, ou ainda, toda uma dimensão de direitos fundamentais de maneira binária, como meros “direitos negativos” ou “direitos positivos”, nos soa como uma análise extremamente rasa sobre o tema. Todo e qualquer direito fundamental deve ser encarado e interpretado em sua dupla dimensão negativa e positiva

Com efeito, é preciso ter em mente que os direitos de defesa – como os direitos fundamentais de primeira dimensão – não demandam apenas ações negativas, mas também posições positivas (como no caso de garantir e assegurar a liberdade de um indivíduo, caso indevidamente cerceada). O mesmo se observa nos direitos a prestações, ou direitos positivos, onde “fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares” (SARLET, 2013, p. 16).

Ainda, para o renomado jurista, tal compreensão não intenciona por defasar a denominação ora posta, mas sim em possibilitar, por exemplo, a concepção como fundamental uma prestação que esteja inserida num texto constitucional que dispõe acerca de um direito de defesa:

Que tais constatações não podem ter o condão de tornar obsoleta e equivocada a possível classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações – muito embora assim tenha sido sustentado por alguns - afigura-se como evidente. (...). Assim, a partir de um certo texto, há como extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem

prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa (individual ou coletivamente), posição que poderá ter como objeto uma determinada prestação (jurídica ou fática) ou uma proibição de intervenção. (SARLET, 2013, p. 16)

Apenas para fins didáticos e, especialmente considerando a complexidade do tema, colacione-se um exemplo da tratativa acima mencionada:

Para demonstrar o exposto, bastaria aqui referir o exemplo do direito à moradia (como direito negativo, podendo bloquear – negativamente – ações do Estado ou de particulares que lhe são contrárias, como no caso da vedação da penhora), e como direito positivo, podendo servir de fundamento a uma atuação do Estado no sentido de assegurar mediante determinadas prestações jurídicas ou materiais o acesso a uma moradia [...]. (SARLET, 2013, p. 17)

A problemática de uma interpretação descontextualizada também se observa quando tendem a vincular direitos fundamentais a determinada ‘geração de direitos’ (dimensão), ignorando sua característica essencial de que são indivisíveis e interdependentes. Quando se trata de saúde, por exemplo, os neurônios não devem ficar estagnados nos direitos sociais (prestacionais), mas sim percorrer todo o histórico que fundamenta o reconhecimento desse direito:

Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc.) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil o campo da AIDS. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III). (MARMELESTEIN, 2008, p. 58-59)

Por fim, reafirma-se que, conceitualmente falando, os direitos humanos se diferenciam dos fundamentais quanto a sua efetivação, sendo aqueles dispostos em normas e tratados internacionais – e, portanto, oponíveis às cortes internacionais –, ao passo em que estes encontram-se consagrados na constituição do respectivo Estado, em seu ordenamento jurídico

– portanto, oponíveis ao próprio Estado. Já os direitos sociais (e aqui se inclui o direito à saúde) são também fundamentais – oriundos, especificamente, da segunda dimensão de direitos fundamentais – e comungam do regime constitucional previsto em nossa Carta Magna de 1988.

Conforme abordado, a ausência de disposição normativa constitucional dos direitos humanos constitui fator impeditivo para sua real concretização. Nessa linha, a constituição não pode ser apenas objeto político, farta de disposições vazias e sem aplicabilidade no ordenamento jurídico.

2.3. A teoria da efetividade no plano constitucional.

No Brasil, o movimento jurídico-acadêmico denominado *doutrina brasileira da efetividade* foi responsável por desenvolver uma contrapartida ao que foi chamado, por Luís Roberto Barroso, de “crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento” (BARROSO, 2007, p. 5).

O alicerce dos pensamentos da referida doutrina exprime a intenção de conferir às normas constitucionais aplicabilidade máxima, direta e imediatamente. A noção de efetividade aqui posta nos remete à Teoria Pura do Direito, onde se conceitua como “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos” (KELSEN, 1979, p. 29-30).

Desse norte, Barroso sintetiza a ideia de efetividade a ser atribuída às normas constitucionais:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (BARROSO, 2009, p. 254-255)

Ao discutir-se direitos humanos, a atribuição de efetividade ao conteúdo da Constituição Federal da República do Brasil 1988 demarca a ruptura do estigma social de que suas disposições seriam concebidas como mero pedaço de papel. Com efeito, são inegáveis os avanços decorrentes do movimento:

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se

fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania. (BARROSO, 2005, p. 76)

As normas constitucionais – hoje detentoras de efetividade (máxima) – possuem mecanismos processuais para tutelar eventual direito ou bem jurídico lesionado: a ação e a jurisdição. O titular do direito – ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo – pode ir a juízo postular reparação.

Significa dizer que, na prática, todos os direitos consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda que subjetivos – políticos, sociais, individuais ou difusos – são direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular.

Consequentemente, com a eventual provocação do magistrado, “o Poder Judiciário [...] passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição” (BARROSO, 2009, p. 6). Ainda, o constante desenvolvimento das garantias fundamentais tem obrigado os intérpretes judiciais a se manifestarem em situações cada mais complexas, onde sua atuação necessita de determinados parâmetros, a fim de resguardar o princípio da proporcionalidade de suas decisões.

2.4. A teoria dos princípios e a técnica da ponderação alexyana.

Com a recepção dos direitos humanos (agora fundamentais) como dispositivos legais na Constituição, surge a necessidade de diferenciá-los qualitativamente em relação às normas gerais, dada sua extrema importância na manutenção e efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Robert Alexy sustenta que os direitos fundamentais devem ser reconhecidos e tratados como princípios (ALEXY, 2003, p. 132), ao passo em que as demais normas jurídicas são concebidas como regras: “Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, 2008, p. 91).

Ainda que se verifique uma vasta gama argumentativa desenvolvida para diferenciá-los, a principal distinção reside em seu método de aplicação. As *regras* são aplicadas na modalidade tudo ou nada:

Regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão. (DWORKIN, 1997, p. 24)

Significa dizer que não há maior margem interpretativa na valoração teórica do intérprete, aplicando-a mediante subsunção, ou seja, enquadra-se o fato na norma e aplica-se o desfecho objetivo disposto. Em linhas conclusivas, regras são concebidas doutrinariamente como mandados ou comandos definitivos:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, p. 91)

Na hipótese de conflito entre regras, dada sua natureza definitiva (mandamental), há apenas uma situação que justifique a permanência de ambas no ordenamento jurídico: a cláusula de exceção. É o que acontece quando, por exemplo, uma regra disponha que é proibido deixar a sala de aula até que o sino soe, ao passo em que outra disponha que é obrigatório que todos se retirem da sala de aula em caso de alarme de incêndio. Apenas com a inserção da cláusula de exceção – preceituando a possibilidade de conduta diversa – na primeira faz com que ambas sejam válidas e convivam no ordenamento jurídico, ainda que conduzam a obrigações contraditórias entre si.

Não sendo possível a solução descrita acima, há somente no conflito entre regras, uma decisão de validade:

Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. (ALEXY, 2008, p. 92)

Eis o cerne da diferenciação ora proposta: na oportunidade de sua aplicação, a forma de solucionar uma eventual colisão entre princípios não enseja na invalidação do princípio

sucumbente, como ocorre nas regras. Isso porque os princípios são definidos como mandamentos de otimização, haja vista que devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes no caso concreto (ALEXY, 2003, p. 132).

Nesse cenário, insurge a necessidade da observância do caráter *prima facie* dos princípios. Considerando que seu mandamento não é definitivo, ele é exercido em uma espécie de juízo de cognição sumária, gerando margem para que as realidades fáticas do caso concreto apontem para a precedência de outro princípio com resultado diverso:

Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 104)

Com efeito, a concepção dos direitos fundamentais como princípios acarreta – especialmente quando inseridos numa ordem jurídica pluralista –, na existência de princípios que apontem para direções diversas, gerando inevitáveis tensões e colisões entre eles:

Estes entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, *e.g.*, a livre iniciativa *versus* a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, *e.g.*, o direito à vida e à saúde de uma pessoa *versus* o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, *e.g.*, o direito à saúde *versus* a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos. (BARROSO, 2007, p. 8-9)

Nas exemplificações apontadas pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal evidencia-se que, concretamente, essas tensões são oriundas de normas hierarquicamente equivalentes, impossibilitando a sucumbência objetiva e absoluta de um dos lados e, principalmente, a invalidação de um princípio constitucional. Portanto, diante de uma colisão de princípios, não há de se cogitar a modalidade “tudo ou nada” a qual as regras são submetidas.

A existência de princípios nos dois polos conflitantes implica, considerando o caráter *prima facie* destes, na necessidade de se auferir a dimensão de peso que assumem na situação específica (BARROSO, 2007, p.9). É exatamente à possibilidade de se definir, de maneira racionalmente fundamentada, no caso concreto, qual princípio detém maior peso – e deva,

portanto, prevalecer – que Robert Alexy denomina de lei de coalisão, ou ainda, ponderação de princípios.

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘*por si só*, de prioridade’. O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto* [...]. (ALEXY, 2008, p. 95)

I – CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA NO SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS: LIMITAÇÃO OU GARANTIA?

Do resultado desse sopesamento – quando apreciado por instâncias superiores ou o próprio legislador – pode-se determinar uma condição de relação de procedência, ou seja, situações em que um princípio *a* tenha um maior peso em face a um princípio *b*. Essas condições podem ser condicionadas ou incondicionadas – também chamadas de abstratas ou absolutas. As primeiras dizem respeito a determinados contextos fáticos onde, presentes as condições objetivamente enunciadas, o princípio *a* tem relação de precedência quando colidido com o princípio *b*⁵. Com efeito, caso outras condições balizem o conflito de princípios, é possível que o princípio *b* tenha prevalência sobre *a*. (ALEXY, 2008, p. 97)

Já as condições de precedência incondicionadas – ou abstratas – são fixadas de maneira em que um princípio sempre tenha prevalência sobre o outro. Trata-se, portanto, de uma exceção à Teoria dos Princípios e à ponderação de Alexy e, segundo ele, o princípio da dignidade da pessoa humana é o único que justifica, num primeiro momento, a existência dessa modalidade de condição (ALEXY, 2008, p. 97).

Nesse sentido, há de ser ter em mente que a figura do intérprete é de extrema importância ao ponderar princípios constitucionais num Estado Democrático, seja ele o magistrado ou o legislador. Contudo, resta evidente que os juízes (singulares e tribunais) a executam com mais frequência, haja vista o crescente número de ações pleiteando tratamento medicamentoso, como será abordado adiante no último segmento do estudo.

⁵ Essa hipótese foi demonstrada a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que julgou pela desnecessidade de participação do réu em audiência processual penal – violando a garantia da operacionalidade do direito penal – em precedência ao seu direito à vida e integridade física, pois caso participasse da mesma, a tensão desse tipo de procedimento poderia causar-lhe um derrame cerebral ou infarto (ALEXY, 2008, p. 94-96).

Com efeito, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas, especialmente quando fixadas em sede jurisprudencial – ou ainda emanadas do poder político, sob o manto democrático – tendem a resguardar a ordem jurídica como um todo e, em especial garantir certa segurança jurídica, de maneira com que situações de colisões de princípios mais recorrentes não fiquem a critério de todo juiz natural quando a situação já foi apreciada pelo colegiado em instâncias superiores, por exemplo.

Todavia, vale lembrar que isso não significa dizer que em todo caso em que o princípio *a* colidir com *b* o intérprete judicial estará vinculado a determinado posicionamento. Em situações em que decisão diversa implicaria numa afronta à constituição como um todo, o julgador, munido de argumentos jurídicos válidos e utilizando-se da racionalidade, pode, sempre considerando o caso concreto, fundamentar valoração diversa:

Em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição. (BARROSO, 2007, p. 9)

Em linhas conclusivas, a técnica da ponderação – oriunda da teoria dos princípios de Alexy – é observada cotidianamente no ordenamento jurídico nacional ao fundamentar decisões que implicam uma colisão de princípios constitucionais, em especial a obtenção judicial de tratamento medicamentoso. O pleno domínio da matéria pelo intérprete judicial é de extrema importância, de modo que conheça suas limitações e tenha consciência das consequências de atribuir a um princípio condicional a impossibilidade de sua aplicação.

CAPÍTULO 3 – A COLISÃO JUDICIAL ENTRE O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Dando início ao tema principal do presente estudo monográfico, qual seja a judicialização da saúde, prenuncia-se que sua principal área de discussão se concentra na ponderação, por parte do magistrado, de dois grandes enunciados constitucionais: o princípio do mínimo existencial – atentando-se para a fundamentalidade deste – e a reserva do possível.

3.1. O Princípio fundamental do mínimo existencial

O alicerce de qualquer posicionamento acerca do tema está na compreensão do mínimo existencial como um direito fundamental que assegura uma prestação (por parte do Estado e da sociedade) a um mínimo de recursos materiais suficiente para que a existência de toda e qualquer pessoa não se resuma simplesmente a sua sobrevivência física, ao passo em que “se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência” (NEUMANN, 1995, p. 428). Cuida-se de um mínimo existencial e não mínimo vital, garantindo “condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público” (BARROSO, 2007, p. 10-11).

Sua condição de direito fundamental social está relacionada, principalmente, à decorrência direta da dignidade da pessoa humana. “A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos” (BARROSO, 2007, p. 10). Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana está evidentemente condicionada a condições materialmente mínimas para sua efetivação – especialmente a saúde –, sendo efetivada apenas em situações “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade” (SCHOLLER, 1980, p. 676).

Com efeito, é possível afirmar que a discussão concernente a um direito fundamental que garanta uma vida minimamente digna teve início na Alemanha, inclusive com produção jurisprudencial pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

No período do Segundo Pós-Guerra, Otto Bachof foi o primeiro jurista renomado a sustentar “a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna” (SARLET, 2013, p. 20).

Isso porque, já em 1950, sustentou que a Lei Fundamental da Alemanha, ao preceituar o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso I, não assegurava apenas a liberdade, mas também um mínimo de segurança social, tendo em vista que a ausência de recursos materiais para uma existência digna afrontaria a própria premissa da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o direito à vida e integridade corporal previstos no artigo 2º, inciso II da mesma Lei, não pode ser concebido como mera proibição de destruição da existência, mas também uma postura ativa no sentido de garantir a vida (BACHOF, 1954, p. 42-43).

A dimensão da importância desta sustentação se observa quando em apenas alguns anos de sua propositura o legislador alemão regulamentou, em nível infraconstitucional, as prestações no âmbito da assistência social (*Bundessozialhilfegesetz*, Lei Federal da Assistência Social, 01/06/1962).

Por fim, o Tribunal Constitucional Federal alemão acabou por consagrar um direito cujo objetivo é assegurar condições mínimas para uma existência digna, a ideia basilar do que se concebe hoje como mínimo existencial. Sua fundamentação teve como argumentos, em suma:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado social. (...) isso inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. (BVerfGE 40, 121 (133))

Importante assimilar que a decisão contempla a visão moderna de saúde consagrada pela OMS em 1946, estabelecendo um bem-estar entre o indivíduo e seu meio (inclusive o social). Ainda, em que pesem algumas modificações concernentes à fundamentação e objeto da demanda, tal decisão fora chancelada em sua essência em outras oportunidades pela Corte Constitucional alemã, fulminando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial (SARLET, 2013, p. 21).

Registre-se, também, que apesar do reconhecimento do direito a uma vida minimamente digna, ensejando prestações de cunho material pelo Estado, ainda na Alemanha

– em sede jurisprudencial e doutrinária – foi reconhecida a impossibilidade de quantificação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, do mínimo existencial. Isso porque a fixação de valores destinados à efetivação desses direitos, por meio de prestações assistenciais, deve ser condicionada ao padrão socioeconômico vigente.

A experiência alemã nos proporciona, por meio do direito comparado, uma fundamentação social do princípio do mínimo existencial no que diz respeito a seu conteúdo e objeto. De outro vértice, Ricardo Lobo Torres⁶, pioneiro ao abordar o tema no vigente constitucionalismo tupiniquim, discorre ao longo de diversos ensaios uma preferência mais liberal em sua fundamentação.

Para Torres, o mínimo existencial funda-se na liberdade, mais precisamente em uma imunidade tributária, ou seja, “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (imunidade) e que ainda exige prestações positivas” (TORRES, 2009, p. 69).

Sob esse prisma, limita-se a quantidade de direitos fundamentais em prol de uma maior efetividade dos direitos que tenham como núcleo o mínimo existencial. Por conseguinte, estariam os direitos sociais desprovidos de fundamentalidade – ensejando a ausência de sua plena efetividade e proteção contra erosões e supressões supervenientes, exceto quando se observasse ofensa à dignidade humana:

Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 2009, p. 70)

Com efeito, apesar do embate doutrinário supracitado e sem pôr fim à análise do instituto, há convergência no sentido de que “a percepção de que a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2013, p. 25). Nesse sentido, a mera ausência de texto normativo constitucional não impõe óbice ao intérprete da Carta Magna em conceber o mínimo existencial como norma jurídica.

⁶ Ao que se sabe, autor do primeiro ensaio dedicado especialmente ao tema “mínimo existencial”, apenas um ano após a promulgação da Constituição Federal vigente: R. L. Torres, “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 20-49.

Por sua vez, Fernando Facury Scaff, em seu ensaio consubstanciado nos trabalhos publicados de Ricardo Lobo Torres ao longo dos anos, firma posição no sentido de que o mínimo existencial possui evidente conexão com os direitos (fundamentais) sociais:

Verifica-se, portanto, vários pontos de contato entre os conceitos de *mínimo existencial* e de *direitos fundamentais sociais* em sociedades periféricas como a brasileira, que possui uma enorme desigualdade econômica e social. No Brasil, como em vários países periféricos, as carências sociais e econômicas por parte de grandes parcelas da população e as desigualdades sociais dentro do mesmo país atingem níveis alarmantes, que faz com que seja necessário um esforço ingente para a ultrapassagem desta situação de iniquidade. (SCAFF, 2005, p. 88)

Extraí-se, portanto, que a garantia (e também direito fundamental autônomo) do mínimo existencial não necessita de expressa previsão constitucional para seu reconhecimento, pois decorre do direito à dignidade humana e, sob a ótica do presente estudo, da proteção da vida – ao passo em que alguns sustentem a liberdade em seu lugar.

Ainda que evidente o caráter prestacional (positivo) do mínimo existencial, este possui também uma dimensão negativa: “o mínimo existencial é um direito de status *negativus* e de status *positivus*, sendo certo que não se convertem uma na outra ou se completam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa.” (TORRES, 2009, p. 70-72).

Com efeito, o *status* negativo se refere à imunidade tributária, caracterizada pela vedação de intervenção do Estado na esfera econômica do cidadão que venha a ter sua liberdade mínima afetada em decorrência dessa tributação. É o que se observa na não-incidência do imposto de renda àqueles que não detém determinado rendimento anual, de modo a preservar as condições mínimas de existência do indivíduo.

No que se refere ao *status negativus libertatis* verificam-se as imunidades tributárias, tais como a da cesta básica no que tange ao ICMS e ao IPI; do mínimo existencial familiar, quanto ao IR; da moradia quanto ao IPTU; quanto à gratuidade para o acesso à justiça na defesa de seus direitos; de imunidade tributária para as instituições assistenciais; do ITR para as pequenas glebas rurais [...]. (SCAFF, 2005, p. 81)

Por fim, o mínimo existencial – não confundindo como um mero mínimo vital – é concebido em nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito fundamental autônomo, ainda que inexista expressa redação constitucional nesse sentido (apenas sua menção no *caput* do artigo 170), pois decorrente da dignidade da pessoa humana. Não obstante a existência de seu caráter negativo – como é o caso das imunidades tributárias – , sua característica principal é a garantia da prestação assistencial a todo e qualquer indivíduo que esteja em estado de sobrevivência alheio às concepções da dignidade da pessoa humana.

3.2. A Reserva do possível

Considerando todas as tratativas concernentes a direitos sociais até o momento, resta evidente que sua condição a direitos prestacionais assume posição de destaque nos embates doutrinários e jurisprudenciais, dada a sua acentuada importância econômica. Por outro lado, importante consignar que não podemos atribuir o caráter pecuniário apenas aos direitos positivos, pois ainda que se trate de direitos de defesa, sempre há uma dimensão econômica envolvida que, apesar de sua relevância, não será objeto de análise no presente estudo:

Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não limita os direitos sociais de cunho prestacional. (SARLET, 2013, p. 28)

Justamente em razão da dimensão econômica em questão, quando pautam-se os direitos prestacionais há sempre a problemática da efetiva disponibilidade de seu objeto, isto é, a própria existência de recursos aptos a ensejar o cumprimento da obrigação:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. (SARLET, 2013, p. 28)

Ainda, não bastasse a necessidade de existência de recursos para a efetivação dos direitos sociais, há também de se observar a possibilidade jurídica de sua disposição, já que ambas as partes (tanto o Estado como o destinatário em geral) necessitam da capacidade jurídica, ou poder de dispor, sem o qual ainda que haja disponibilidade de recursos, não há a possibilidade de efetivação.

Nesse cenário, a efetivação dos direitos sociais prestacionais está condicionada a duas facetas diversas e intimamente relacionadas, motivo pelo qual passou-se a sustentar a existência do que se denominou “reserva do possível”. Esta, em geral, arguida pelo Estado ante a impossibilidade de realização de determinadas prestações que, como visto, pode abranger “mais

do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva” (SALET, 2103, p. 29).

A reserva do possível pode ser conceituada como “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos” (KRELL, 2002, p. 52).

Nesse sentido, sua concepção fora recebida e desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, especialmente no célebre caso *numerus clausus*, ao versar sobre o direito de acesso ao ensino superior. Na demanda, um grupo de candidatos às vagas de medicina em faculdades públicas que não obtiveram êxito nas provas de ingresso – pela limitação das vagas –, acionaram o judiciário alegando possuir direito ao curso com escopo no artigo 12 da Lei Fundamental da Alemanha, dispondo que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Por fim, firmou-se entendimento no sentido de que a pretensão reclamada deve ser vinculada àquilo que o particular pode exigir, de forma razoável, da sociedade. E mais, a disponibilidade dos recursos está inserida no campo discricionário das decisões tomadas pelo setor democrático do Estado, sintetizadas no orçamento público:

Mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para o seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador. (SARLET, 2013, p. 29)

O professor Ingo Sarlet aponta, ainda, que a experiência alemã traz à baila da conceituação doutrinária que a “reserva do possível” possui, ao menos, uma dimensão tríplice, abrangendo: *i*) a disponibilidade fática dos recursos materiais; *ii*) a disponibilidade jurídica dos recursos humanos e materiais – englobando receitas e competências orçamentárias, como no caso do Brasil; e *iii*) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação, de cunho social, a fim de prevenir injustiças (SARLET, 2013, p. 30).

A “reserva do possível”, sob um viés social, não pode ser encarada apenas como um limite fático-jurídico dos direitos fundamentais, mas principalmente como ferramenta essencial na garantia dos direitos sociais de cunho prestacional, uma vez que assegura a busca por uma igualdade material ao compreender que as finanças do Estado são finitas e devem ser destinadas com cautela e prudência.

3.3 Judicialização da saúde: a obtenção de tratamento medicamentoso pela via judicial.

A forma ordinária de obtenção de tratamento medicamentoso no Brasil – considerando as disposições constitucionais de implementação do SUS e suas diretrizes dispostas na LOS, como abordado no primeiro capítulo – se dá no âmbito dos Municípios, aos quais foram atribuídos a responsabilidade pela prestação de serviços de saúde e, principalmente, distribuição de medicamentos. Os demais entes federativos atuam de maneira supletiva, sempre cooperando para o cumprimento – haja vista o dever do Estado como um todo – do anseio constitucional em garantir o direito à saúde de maneira universal.

I – DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.

Para além das funções dos Poderes Executivo e Legislativos traçadas na LOS, a Constituição da República Federativa de 1888 atribuiu eficácia imediata – e na maior medida possível – aos direitos sociais, insurgindo a possibilidade-dever do Poder Judiciário, como garante da ordem constitucional, promover sua efetivação:

O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. (BARROSO, 2007, p. 21)

Nesse sentido, em caso de inexistência, bem assim de omissão legislativa ou administrativa na implementação dos comandos constitucionais, o Poder Judiciário tem o dever de agir, desde que devidamente provocado. Todavia, nas situações em que se observa a implementação das políticas públicas dispostas em atos administrativos e legislação competentes, incumbe ao Judiciário, ainda que provocado, exercer a autocontenção:

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais. (SARLET, 2013, p. 35-36)

Sob outro vértice, há a necessidade de mencionar a existência de críticas quanto à própria legitimidade do Poder Judiciário em interferir nas políticas públicas de efetivação dos

direitos sociais, situação em que se caracterizaria uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Com efeito, a problemática ganha mais relevância quando inserida no contexto de direitos a prestações em sentido estrito, que resultam num grande impacto financeiro, especialmente quando trata-se do direito à saúde, objeto de propositura e aprovação no orçamento público – tarefa dos Poderes Executivo e Legislativo:

Mas isso significaria que, segundo os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do “legislador diretamente legitimado pelo povo.” (ALEXY, 2008, p. 508)

Apesar da negativa quanto à possibilidade de intervenção do Judiciário na seara da efetivação dos direitos sociais – a qual de plano se observa não prevalecer por força da própria Constituição: o art. 5º, parágrafo único, da CF/88 preceitua que os “direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” – a referida crítica merece atenção:

Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência. (BARROSO, 2007, p. 22)

Assim, o deferimento dos pleitos judiciais que versem acerca de obtenção de tratamento medicamentoso deve observar a existência de omissões ou ingerências da administração pública nessa seara. Havendo lei e atos administrativos pelo Poder Público, vem assim sua regular implementação, sempre sob a ótica da Constituição, eventual provocação judicial deve ter a marca da autocontenção.

3.4. Do processo judicial: Mínimo Existencial *versus* a Reserva do Possível

Apesar de não ser expresso na CF/88, o mínimo existencial é concebido com um direito fundamental autônomo – pois decorrente da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Já a reserva do possível não o é e nem constitui elemento integrante dos direitos fundamentais – como se fosse um limite intrínseco de sua atuação.

Em verdade, a reserva do possível, quando confrontada com o mínimo existencial, deve “servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional” (SARLET, 2013, p. 30).

Nesse sentido, a reserva do possível não deve ser utilizada de negativa geral em desfavor dos direitos prestacionais, em especial aos pleitos de tratamento medicamentoso. Num primeiro momento, sob a ótica processual, “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET, 2013, p. 32).

Do ponto de vista material, há de se ter em mente que diante do princípio do mínimo existencial não se deve privilegiar, de maneira genérica, a legislação orçamentária em detrimento dos direitos fundamentais, em especial sua efetivação. Decisões nesse sentido implicariam numa ineficiência do próprio anseio em constitucional em priorizar a efetividade dos direitos fundamentais:

A reserva do possível não pode ser reduzida a *limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica. (GRAU, 2005, p. 125)

Nesse sentido, a reserva do possível deve sempre por observar o interesse da coletividade, afinal arguições do Estado nesse sentido objetivam – ou pelo menos deveriam – resguardar a manutenção dos recursos previstos no orçamento que têm por destino a execução de políticas públicas.

O direito à saúde para ser devidamente pleiteado em desfavor do Estado está sujeito à devida comprovação de situação de risco ao mínimo existencial da parte autora – as ações podem ser individuais ou coletivas. Com efeito, as técnicas processuais adequadas para a tutela dos direitos fundamentais não devem constituir um excessivo ônus ao cidadão, mas apenas o suficiente para que demonstre que caso não ocorra a prestação demandada, sua (eventual) existência estará na contramão da dignidade da pessoa humana:

Com efeito, o mínimo existencial está sujeito a demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento. (SARLET, 2013, p. 42)

Do contrário, percebe-se que a fundamentação embasada na reserva do possível tem mais conexão com o anseio constitucional em promover a saúde de maneira universalizada, aqui marcada pelo ‘prejuízo’ do direito individual para que se assegure, a toda uma coletividade de titulares, esse mesmo direito:

A mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se contra, por certo, imune à contestação, seja para o efeito de demonstrar a necessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa, seja, de opção que, embora igualmente

eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário. Da mesma forma, é possível que o próprio tratamento recomendado não seja nem mesmo o melhor disponível ou que de fato seja o menos invasivo para a própria pessoa que se pretende tutelar. (SARLET, 2013, p. 42)

As situações abordadas até o momento são capazes de demonstrar a aplicação da reserva do possível como elemento constitucional – na esteira da vontade do constituinte originário e, conseqüentemente, da observância da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios fundamentais – e não mero limite fático jurídico a ser arguido na ausência de orçamento apto a cumprir a medida judicial.

Entretanto, a problemática é muito maior quando a parte autora consegue demonstrar a necessidade do tratamento medicamentoso como essencial à sua existência digna e o objeto do pleito não está incluso nas medidas de saúde do SUS.

As razões para a ausência de determinado tratamento destinado à coletividade são inúmeras, mas dentre elas destacam-se: tratamentos de custos exorbitantes, os de eficácia duvidosa, ilegalidade de substâncias, ausência de critérios aptos a auferir o custo-benefício do medicamento (muitas vezes o princípio ativo pode ser encontrado em alternativas muito mais baratas, especialmente quando livre de proteção patentária), dentre inúmeras novas situações vivenciadas pelos magistrados.

Diante de situações mais complexas, a teoria de colisão de princípios elaborada por Robert Alexy serve de norte para o intérprete judicial, que inevitavelmente terá de auferir o peso do princípio do mínimo existencial do autor e o peso do princípio em rota de colisão: a reserva do possível arguida pelo Estado, sempre a observar o caso concreto. Tarefa extremamente complexa imposta ao magistrado, onde muitas vezes decide entre a cifra necessária para a manutenção da vida de um e a possibilidade de execução de políticas públicas de toda uma coletividade com o mesmo montante.

Ressalte-se que as hipóteses de precedência da reserva do possível ensejam um forte conteúdo probatório por parte do Estado, demonstrando principalmente a ausência de omissão legislativa e de ingerências na execução de políticas públicas de saúde. Isso porque, num primeiro momento, o direito ao mínimo existencial possui uma condição de precedência geral sobre a reserva do possível, especialmente por ser concebido com um princípio fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como destinatários todos os cidadãos inseridos num Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Com base nos itens abordados anteriormente, o direito fundamental a um mínimo existencial enseja prestações fáticas por parte do Estado (e também do particular) a fim de conferir uma existência humanamente digna, englobando não apenas saúde, como também aspectos sociais, culturais, educacionais – na esteira da definição de Saúde da OMS. Considere-se o indivíduo e o meio social a qual está inserido, assegurando uma existência digna e não mera existência vital.

Com efeito, toda a força e segurança conferidas às normas de direitos fundamentais só se verificam no plano fático de seus cidadãos a partir da concepção da Constituição Federal como um conjunto de normas (mandamentos), e não um compilado de idealizações utilizadas como mero documento político. Considerando a expressa vinculação de um Estado de Direito ao anseio democrático, como também seu comprometimento em zelar pela efetivação de garantias que atendam a dignidade da pessoa humana, conferir imperatividade e efetividade imediata aos direitos fundamentais – como oponíveis ao próprio Estado – se mostra o ponto de partida para um verdadeiro Estado (Constitucional) de Bem-Estar Social.

Sob a ótica do direito à saúde no Brasil, este consolida-se como um direito fundamental social (CF/88, art. 6º, *caput*) e “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas” (CF/88, art. 196, *caput*). Sua efetivação ordinária é atribuída ao SUS (CF/88, art. 198) e disciplinada pela LOS – conhecida como o conjunto das Leis nº 8.080/90 e 8.142/90 –, dispondo as diretrizes e limites de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo nas políticas públicas com essa finalidade.

Sua exigibilidade perante o Poder Judiciário é legítima, em razão de sua aplicabilidade imediata (CF/88, art. 5, §1º), bem como de ser o direito à saúde “dever do Estado” (CF/88, art. 196, *caput*). A judicialização dos direitos sociais como um todo promove a efetividade fática desses direitos, uma vez que diante da omissão dos demais segmentos de poder (Legislativo e Executivo), seus titulares têm alternativas de compelir – via ordens judiciais, somente – a prestação de determinado direito.

Nesse sentido, a judicialização da saúde constitui um importantíssimo objeto de estudo no constitucionalismo atual, pois o manejo adequado do orçamento disponível é imprescindível na garantia do direito (não apenas) à saúde universal e igualitário – igualdade em seu aspecto formal, não concebendo como justo o tratamento gratuito aos que detêm condições de arcar com plano de saúde.

A observância de uma reserva do possível sustentada sob a ótica do constituinte – e não negativa geral da distribuição de tratamento medicamentoso – se revela como o ponto de partida nos dias atuais. Dados do Tribunal de Contas da União (TCU) revelam que entre 2008 e 2015, os gastos para cumprir decisões judiciais aumentaram aproximadamente 1300%, saindo de R\$ 70 milhões para cerca de R\$ 1 bilhão. (FARIELLO, 2017, p. 1)

A análise detalhada desses dados deve servir de norte, indicando aos Poderes Legislativo e Executivo soluções administrativamente adequadas sem prejuízo à efetivação do mínimo existencial do particular. Nesse sentido, verifica-se que o medicamento *Soliris* foi registrado recentemente na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e se o tivesse feito desde que começaram os pedidos judiciais, haveria economia de R\$ 300 milhões (FARIELLO, 2017, p. 1)

Dessa forma, o presente estudo objetivou por abordar apenas os conceitos doutrinários dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Com isso, o tema da judicialização da saúde pode –e deve – ser palco de diversas outras discussões científico-acadêmicas abordando seus efeitos práticos, demonstrando que uma maior celeridade e otimização do serviço público se mostram eficazes, de modo a sepultar qualquer discurso que vise a relativização dos direitos fundamentais em favor da legislação orçamentária.

Em linhas finais, o direito ao mínimo existencial – aqui com um enfoque à saúde – é uma conquista da humanidade como um todo, reconhecido após momentos históricos traumáticos de nossa sociedade e, em hipótese alguma, deve ser negligenciado de maneira geral. A prevalência da reserva do possível exige uma construção argumentativa fundada na e pela própria Constituição como a mais eficiente forma de garantia dos direitos fundamentais em nosso país.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva 1ª Ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Livraria do Advogado Editora, São Paulo, 2003

BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In: **Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler** (VVDStRL) nº 12., 1954, p. 37 e ss.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, 2009 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora** – 7. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1ª Ed. 12 tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

CROSA, Emilio. **Lo Stato democrático**. Turim, Utet, 1946.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. Editora Saraiva, São Paulo, 1961.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário: Fundamentos, Teoria e Efetivação. **Saúde Pública: bases conceituais** – 2ª ed. – São Paulo, 2013, Editora Artheneu, p. 249-268.

_____. Organização jurídica da administração pública em saúde. In: **ROZENFELD, S., org. Fundamentos da Vigilância Sanitária** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000, pp. 113-133.

FARIELLO, Luiza. **TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde**. Agência CNJ de Notícias. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>> Acesso em: Nov/2018.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. 1ª Ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES Filomeno (coord.) **Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte, Del Rey ed., 2005, p. 117/126.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª Ed. Coimbra, Arménio Amado Editora, 1979.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e a Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Sérgio A. Fabris Editor, Porto Alegre, 2002

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. Editora Atlas, São Paulo, 2008.

NEUMANN, Volker. “Menschenwürde und Existenzminimum”, in **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)**, 1995, p. 426 ss.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. 2ª Ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Interesse Público, São Paulo, n. 12, 2001

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. VERBA JURIS-Anuário da Pós-Graduação em Direito, v. 4, n. 4, 2005.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Reimp., Berlim, Neukoeln, 1954.

SCHOLLER, Heinrich. “**Die Störung des Urlaubsgenusses eines ‘empfindsamen Menschen’ durch einen Behinderten**”, in: Juristenzeitung, Tradução Ingo W. Sarlet, 1980.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 17,n. 1,p. 29-41, Apr. 2007 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 de Maio de 2018.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. In: **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Rio de Janeiro: Revan, ano 34, número 93, p. 35-36 e 38. Jul/set 2000.

SZABO, Iona. Fundamentos históricos de los derechos humanos. In: **VASAK K (ed.). Las dimensiones internacionales de los derechos humanos.** Barcelona: Serbal/Unesco, 1984.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial.** Editora Renovar, São Paulo, 2008.

VAAN, Michiel de. *Etymological Dictionary of Latin and the Other Italic Languages.* Ed. Brill, 2008.