

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O GARANTISMO

Acelino Rodrigues Carvalho¹
Priscila Talyta Martins²

Resumo: O presente estudo teve como objetivo uma breve análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direito fundamental à saúde, à luz da teoria da reserva do possível e da teoria garantista da constituição, a fim de constatar se os argumentos utilizados para fundamentar as decisões do referido Tribunal, nessa matéria, atendem aos postulados de uma constituição rígida ou garantista. A posição da Suprema Corte oscila entre a afirmação da força normativa da Constituição e a consequente negação de caráter programático da norma constitucional consagradora do direito à saúde, e a possibilidade de demonstração, em juízo, de que a pretensão do autor não está contemplada pelas políticas de saúde formuladas pelo SUS, ou que ocasiona prejuízo à ordem e à saúde públicas. Ou seja, argumentos de natureza econômica e de cunho utilitarista são capazes de obstar a efetivação de um direito fundamental, o que importa, em última análise, a negação da supremacia e da rigidez constitucionais pelo próprio Poder Judiciário, o que contraria a própria natureza da função jurisdicional num Estado constitucional de direito.

Palavras-chave: Direito à saúde – Efetividade – Reserva do Possível – Garantismo.

Abstract: *The present study aimed at a brief analysis of some of the Supreme Court judged in terms of the fundamental right to health in light of the theory of reserve for garantista and the theory of the constitution, in order to determine whether the arguments used to support decisions of this Court in this matter, meet the assumptions of a rigid constitution or garantista. The position of the Supreme Court oscillates between assertion of normative force of the Constitution and the consequent denial of programmatic nature of the constitutional consecrating the right to health, and the possibility of demonstration, in court, that the claim of the author is not covered by health policies formulated by the SUS, or who causes harm to public order and health. Arguments of an economic and utilitarian nature are able to impede the effectuation of a fundamental right, what matters ultimately, denial of constitutional supremacy and stiffness by the judiciary, which contradicts the very nature of judicial function in a constitutional state of law.*

Keywords: Right to health - Effectiveness - Reserve Possible – Garantism.

¹Doutor em direito público, pelo programa de pós-graduação em direito da universidade do Vale do Rio dos sinos (UNISINOS). Mestre em direito processual e cidadania pela universidade paranaense (UNIPAR). Especialista em direito constitucional e especialista em direito processual civil. Professor de ensino superior na universidade estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e professor assistente na universidade da grande Dourados (UFGD). E-mail: acelino@uems.br (co-autor).

²Especializanda em direitos humanos e cidadania na universidade da Grande Dourados (UFGD/FADIR). Bacharela em direito pelo centro universitário da grande Dourados (Unigran). Licenciada em artes visuais pelo centro universitário da grande Dourados (Unigran). Advogada. E-mail: adv.priscilamartins@yahoo.com.br (autora).

1. INTRODUÇÃO

Foi longo o percurso iniciado com as revoluções do final do século XVIII, que conduziram ao surgimento do constitucionalismo moderno, do Estado de direito e do processo histórico de afirmação dos direitos humanos, especialmente no contexto europeu-continental, cuja tradição acha-se vinculado o direito brasileiro, até a consagração dos direitos sociais em documentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos e nas constituições do segundo pós-guerra, do que são exemplos: o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988.

Aparentemente superada a polêmica em torno do caráter programático das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, e afirmada a rigidez constitucional representada pelo reconhecimento de cláusulas pétreas garantidas por meio da jurisdição constitucional (CF art. 60, § 4º), é de se perquirir acerca da atuação do Poder Judiciário, com a finalidade de saber até que ponto suas decisões apontam para a busca de efetivação das conquistas representadas pela constitucionalização daqueles direitos.

Com efeito, o presente estudo tem como objetivo a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direito fundamental à saúde, a partir da teoria da reserva do possível, de um lado, e da teoria garantista da constituição, de outro, a fim de demonstrar se a fundamentação adotada pela Suprema Corte como suporte de suas decisões está ou não em conformidade com o modelo brasileiro de constituição rígida. A hipótese levantada aponta para o fato segundo o qual, se o STF, nessa matéria, assenta suas decisões na teoria reserva do possível, o referido tribunal não está cumprindo adequadamente sua tarefa constitucional de garantir a rigidez Constituição.

2. CASUÍSTICA

De início, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de admitir a possibilidade de intervenção do judiciário na esfera de atuação dos demais poderes em matéria de políticas públicas, visando à efetivação de direitos sociais, sobretudo diante de omissão daqueles, não avocando, porém, para si o papel de formulador de tais políticas. Nesse sentido se posicionou o Ministro Celso de Melo, no julgamento da ADPF 45, afirmando que:

não se inclui na jurisdição constitucional o papel de formular ou criar políticas públicas, sendo incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo, mas se estes órgãos forem desiduosos descumprindo suas atribuições constitucionais, excepcionalmente, poderá o Poder Judiciário assumir esse papel, se a omissão incidir sobre direitos fundamentais individuais (incluam-se os direitos sociais) ou coletivos.³

O Supremo Tribunal Federal manteve liminar, em ação civil pública, que determinava a transferência de todos os pacientes dos sessenta e um municípios que compõem a macrorregião de Sobral, no Ceará, necessitados de atendimento em Unidade de Tratamento Intensivo (UTIs), para hospitais públicos ou particulares que dispuserem de tais unidades, além da instalação e funcionamento de dez leitos de UTIs adultas, dez leitos de UTIs neonatais e dez leitos de UTIs pediátricas.⁴ A liminar foi mantida sob os seguintes argumentos:

i) a aplicação imediata do direito fundamental à saúde (art. 196 da CF); ii) ser o direito à saúde indispensável à realização da dignidade da pessoa humana, compor o “mínimo existencial” e, por isto, não poder deixar de ser objeto e apreciação judicial; iii) o art. 196 da CF não é uma norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, mas capaz de gerar direito público subjetivo, impondo ao Estado o dever de desenvolver políticas públicas que vissem à redução de doenças, a promoção, à proteção e à recuperação da saúde, e cujo descumprimento legitima a atuação do Poder Judiciário; vi) o Judiciário, ao deferir uma prestação de saúde, incluída entre as políticas sociais e econômicas, formuladas pelo Sistema Único de Saúde (Portaria MS/GM 1.101, de 13.06.2002), não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.⁵

Importa ressaltar nos argumentos lançados para fundamentar a decisão, a ideia segundo a qual o direito à saúde integra o mínimo existencial, sendo indispensável à proteção da dignidade humana, o que justifica a intervenção jurisdicional, e que a disposição contida no artigo 196 da constituição não constitui norma programática capaz apenas de servir como diretriz para o poder político, mas produz eficácia imediata gerando, destarte, direito subjetivo capaz de ser reconhecido pelo Judiciário. Por outro lado, considera a possibilidade do Judiciário “deferir uma prestação de saúde, incluída entre as políticas sociais e econômicas, formuladas pelo Sistema Único de Saúde”.

Em outra decisão, referida por Eduardo Cambi, manteve-se liminar que determinou que o município de Lagoa Vermelha, no Estado do Rio Grande do Sul, custeasse cirurgia de

³ *Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 – MC/DF. J. 29.04.2004, DJU 04.05.2004. Rel. Min. Celso de Mello.*

⁴ *Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 228-7-CE, j. 14.10.2008, rel. Min. Gilmar Mendes.*

⁵ *Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 228-7-CE, j. 14.10.2008, rel. Min. Gilmar Mendes.*

redução de estômago para moradora da cidade, portadora de obesidade mórbida. Argumentou-se que:

A suspensão de liminar de sentença, contra o Poder Público, deve ser concedida, excepcionalmente, quando demonstrada grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (arts. 15 da Lei 12.016/2009, 4.º da Lei 8.437/1992 e 1.º da Lei 9.494/1997). No caso concreto, a liminar foi mantida, para que o ente federativo realizasse a cirurgia no prazo de 30 (trinta) dias ou depositasse o valor de R\$13.600,00 (treze mil e seiscentos reais), porque o município não demonstrou, de forma inequívoca, prejuízo à ordem ou à saúde públicas, especialmente porque o custeio urgente da cirurgia envolvia uma única pessoa e não tem o potencial de causar danos concretos aos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.437/1992.⁶

Veja-se que, aqui, dentre outros aspectos, admitiu-se a possibilidade da administração pública alegar e provar “prejuízo à ordem ou à saúde públicas” em virtude de custear tratamento para uma única pessoa. Por fim, em decisão proferida em Agravo Regimental (STA 175) o relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o disposto no artigo 196 da Constituição não configura norma programática e que, atribuir-lhe esse caráter, significaria negar força normativa à Constituição. Além disso, o dispositivo contempla direito tanto individual quanto coletivo.⁷ O relator refutou argumento da agravante no sentido de grave lesão à economia e à saúde públicas, afirmando que:

a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público.⁸

Os outros votos foram no mesmo sentido, pois os demais Ministros seguiram o Ministro Gilmar Mendes, como foi o caso do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual “entendeu que os agravantes (União e estados) não demonstraram a potencialidade danosa à saúde, à economia e à ordem pública, decorrente do fornecimento dos medicamentos ou tratamentos referentes às nove ações”.⁹ Já o ministro Celso de Mello considerou que a Justiça

⁶CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 401.

⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apensa a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1). (STF, Suspensão da tutela antecipada - 91, Relator Min. Gilmar Mendes).*

⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão da tutela antecipada – 91. Relator Min. Gilmar Mendes. p. 30.*

⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 15/05/2010.*

precisa agir quando o poder público deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição:

O direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o direito à saúde e à prestação de serviços de saúde (...).¹⁰

Como se pode verificar, a posição adotada pelo Judiciário oscila entre a afirmação da força normativa da constituição e a conseqüente negação do caráter programático ao dispositivo constitucional que consagra o direito fundamental à saúde, de um lado, e a admissibilidade da possibilidade de se negar efetividade a esse direito mediante demonstração e prova de prejuízo à ordem econômica e à saúde pública. Ou seja, admite-se a possibilidade de negar efetividade ao direito fundamental à saúde em nome de argumentos de caráter econômico e da lesão a interesse maior de toda a coletividade.

3. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão reserva do possível foi utilizado pela primeira vez no direito comparado na Alemanha no emblemático julgado *numerus clausus* (número exato de vagas; são vagas fechadas que não pode ser aumentadas ou reduzidas) proferido pela Corte Constitucional em 1972, que passou a tratar daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado e aquilo que o Estado pode razoavelmente recusar-se a conceder ao indivíduo.¹¹

O caso do julgado trata de dois estudantes que concorreram nas universidades de Bavária e Hamburgo a vagas no curso de medicina. A Corte negou a pretensão dos candidatos com a afirmação de que nessas universidades as vagas disponíveis tratavam-se de vagas certas e determinadas e já preenchidas.¹²

¹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>>. Acesso em: 15/05/2010.

¹¹OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008; KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 51. Apud GEBARA, Gassen Zaki. *A administração pública no estado constitucional: os direitos sociais como direitos subjetivos e o princípio da reserva orçamentária no Brasil e no direito comparado*. Dourados, 2013. p. 1.

¹²GEBARA, Gassen Zaki. *A administração pública no estado constitucional: os direitos sociais como direitos subjetivos e o princípio da reserva orçamentária no Brasil e no direito comparado*. Dourados, 2013. p. 01.

Assim, esse fundamento da administração encontrou legitimidade nas regras *numerus clausus* para as universidades, que estabeleciam pré-requisitos específicos para o acesso ao ensino superior, sendo que as Cortes administrativas acionadas pelos estudantes que se sentiram lesados solicitaram à Corte Constitucional manifestação sobre a compatibilidade dessas regras fechadas ou específicas com a constituição.

Sobre o caso, importante mencionar que o pós-segunda guerra trouxe mais pessoas as universidades na Alemanha, em especial no curso de medicina, sendo necessário ao Estado impor medidas para receber essa dobra de demanda por vagas. Essa foi à explicação da Corte para não concessão da pretensão dos candidatos, por tais motivos a aplicação intensa das regras *numerus clausus*.¹³

Além dessa questão de vagas, a *numerus clausus* tinha como função manter a necessária estrutura adequada das instituições. Assim, verifica-se que tal caso mencionado também englobou uma questão orçamentária. Da mesma forma no Brasil, hodiernamente o problema econômico, resta como o principal argumento para o Estado não conceder aos sujeitos, direitos sociais previstos na Magna Carta, como o direito a saúde, medicamentos, moradia, educação, etc.

A Corte ao fundamentar sua decisão, esclareceu ainda que não se tratava de restringir o candidato à livre escolha do curso que deseja e da instituição, mas que caberia a todos os estudantes completar os requisitos necessários para assim concorrer de forma livre à vaga a qual tenha interesse; não se trata portando de direito subjetivo oponível contra o Estado. Além disso, não se pode falar em omissão do Estado, visto que, segundo Olsen, nesse período lançou o primeiro plano posterior à Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores.¹⁴ Reconhecida assim à criação de escolas pelo Estado, mesmo assim a Corte decidiu que o Estado havia agido dentro daquilo que pode se considerar Reserva do Possível.

Do caso exposto, pode-se chegar a três entendimentos: a) não constitui direito subjetivo a prestação de ensino; b) as *numerus clausus* apenas obstam o acesso dos candidatos às vagas, mas não violam a Constituição Alemã, quanto ao teor do artigo 12, 1,1, não afetando, assim, os direitos dos cidadãos à livre escolha, seja da instituição, da profissão ou do curso, sendo este um direito à liberdade e não direito social, não havendo, pois, possibilidade de cobrar alguma prestação do Estado nesse sentido, restando assegurada, ainda,

¹³LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98. Apud GEBARA, Gassen Zaki. *A administração pública no estado constitucional: os direitos sociais como direitos subjetivos e o princípio da reserva orçamentária no Brasil e no direito comparado*. Dourados, 2013. p. 1.

¹⁴GEBARA, Gassen Zaki. *A administração pública no estado constitucional: os direitos sociais como direitos subjetivos e o princípio da reserva orçamentária no Brasil e no direito comparado*. Dourados, 2013. p. 2.

a igualdade de acesso a todos os estudantes ao direito de obtenção de vaga na educação; c) o reconhecimento pelo Tribunal das medidas adotadas pelo Estado para dirimir essas questões e dificuldades de um número limitado de vagas, que não conseguiam atender a demanda existente, regras essas que eram reguladas por periódicas revisões.¹⁵

Porém, a ressalva que deve ser feita quanto à importação desse modelo para o Brasil consiste em que, em nosso País, verifica-se a difícil tarefa de assegurar um mínimo existencial com vistas à efetivação de direitos fundamentais básicos. Como explica Gebara:

No caso alemão, nota-se que o objeto da demanda circunscreveu-se à obtenção de vaga para o ingresso no ensino superior. Paralelamente, no caso brasileiro, e no que atine especificamente ao direito fundamental social à educação, a grande maioria dos pedidos formulados nesse sentido, em ações judiciais, têm por objeto a obtenção de vagas no ensino fundamental, obrigatório e gratuito por parte do estado em razão de expressa previsão constitucional (art. 208, i), além de configurar direito subjetivo, exigível judicialmente (art. 208, § 1.º), o que inexistia na constituição alemã. Como se nota, no caso brasileiro, a omissão estatal assume outra feição, não só por derivar da inobservância de uma norma vinculante, mas, igualmente, por deixar de tutelar bem jurídico dotado de fundamentalidade. Isso adquire importância, precisamente, quando o afastamento do argumento da reserva do possível deixa de ser legítimo por obstar a satisfação de uma necessidade básica, elementar, assegurada constitucionalmente.¹⁶

No mesmo sentido, observa Nunes que, “o argumento da reserva do possível, em seu nascedouro, não atinava com direitos integrantes do mínimo vital, como o acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas ao ensino superior público”.¹⁷ Portanto, em matéria de direito à saúde, cabe ressaltar que se trata de um direito social que compõem o mínimo existencial que, por sua vez, contrapõe-se ao argumento da reserva do possível.

4. A TEORIA GARANTISTA

A ideia de garantismo ou de constituição garantista não é recente e acha-se compreendida na própria noção de constitucionalismo do qual teria emergido o moderno Estado de direito, ou Estado constitucional de direito no final do século XVIII. De acordo

¹⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 436-440.

¹⁶GEBARA, Gassen Zaki. *A administração pública no estado constitucional: os direitos sociais como direitos subjetivos e o princípio da reserva orçamentária no Brasil e no direito comparado*. Dourados, 2013. p. 5.

¹⁷JÚNIOR NUNES, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 174.

com Canotilho, modernamente, o constitucionalismo foi concebido como uma técnica de limitação de poder com fim de garantia, configurando, pois, uma filosofia garantística.¹⁸

Dita noção foi consagrada no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultante da Revolução francesa, cujo enunciado estabelece que: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem a separação dos poderes não tem constituição”. Todavia, em virtude de certos pressupostos teóricos que orientaram aquele movimento revolucionário, cuja análise não comporta nos limites da presente reflexão, o modelo institucional que dali emergiu não se configurou propriamente um Estado de direito ou um Estado constitucional de direito, senão que, em virtude da afirmação da supremacia do legislador como autoridade encarregada da produção jurídica, assim como da lei como fonte primeira do direito, restou configurado um mero Estado legislativo.¹⁹

Foi esse modelo de Estado meramente jurídico, ou Estado legal que caracterizou o Estado de direito no período compreendido entre o liberalismo clássico e o início do segundo pós-guerra. Ali, em virtude da supremacia do legislativo e da afirmação do princípio da legalidade, verificou-se a substituição do absolutismo do monarca de outros tempos pelo poder absoluto do parlamento, decorrendo daí a redução do direito à lei à qual ficaram submetidas todas as demais fontes do direito. Naquele contexto, sob os influxos do positivismo formalista, as constituições não passavam de meras cartas políticas destinadas a estabelecer a forma de organização do poder, sendo consideradas, portanto, meros documentos normativos formais de estabelecimento de competências e procedimentos, sem qualquer força normativa capaz de limitar o arbítrio do legislador. Essa situação acabou gerando um *déficit* de legitimidade do poder estatal e do direito, uma vez que a lei não encontrava qualquer limite material.²⁰

A superação desse modelo deu-se apenas com a generalização das constituições rígidas surgido no segundo pós-guerra, e está diretamente vinculado à derrota do fascismo e do nazismo. Isso porque, os líderes desses movimentos políticos conquistaram o poder dentro

¹⁸CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 51.

¹⁹*Sobre os pressupostos teóricos que impediram que o modelo institucional exurgido com a Revolução francesa se configurasse um verdadeiro Estado constitucional de direito remete-se a CARVALHO, Acelino Rodrigues. A legitimidade da jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais: das tutelas coletivas aos coletivos de tutela. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos sinos – Unisinos, em 19/07/2013.*

²⁰STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 472-473; CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, Millenniu, 2007. p. 17; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 599; JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16-17.

de um quadro de legalidade então vigente e, em nome da lei, promoveram a barbárie que foi a segunda grande guerra. Os principais acusados por crimes de guerra perante o Tribunal de Nuremberg invocaram, em sua defesa, o cumprimento da lei e a obediência às ordens emanadas da autoridade competente.²¹

Foi exatamente essa experiência histórica que serviu de pano de fundo para a teorização do modelo garantista de constituição ou constitucionalismo desenvolvido por Luigi Ferrajoli. Em apertada síntese, para Ferrajoli, o advento das constituições rígidas provocou uma mudança de paradigma em relação do modelo anterior, dentre outros aspectos, na teoria do direito e na natureza da democracia. No primeiro caso, levou a uma distinção entre vigência e validade; ou seja, a produção normativa passou a encontrar limites não apenas de ordem formal, mas também substanciais. No segundo caso, o poder político, inclusive o legislador, ficou submetido ao direito, de maneira que nem sobre tudo pode decidir ou deixar de decidir: não pode decidir de modo a violar os direitos clássicos de liberdade; não pode deixar de decidir com vistas à efetivação dos direitos sociais.²²

Para Ferrajoli, portanto, a constituição *consiste precisamente en este sistema de reglas, substanciales y formales, que tiene como destinatários próprios a los titulares del poder.*²³ Isso decorre do caráter indisponível dos direitos fundamentais e da funcionalização dos poderes públicos a serviço da sua realização. Sendo assim, os direitos fundamentais circunscrevem a esfera de atuação legítima do poder político, configurando aquilo que Ferrajoli denomina de esfera do (in)decidível, isto é, daquilo que o poder político não pode decidir ou não decidir.²⁴ É nesse sentido que se deve entender a afirmação do autor segundo a qual *esfera de lo indecible* é uma noção simétrica que complementaria *la esfera de lo decidible*, e ambas servem para identificar a esfera discricional da política e a esfera da sujeição da lei própria, ambas esferas das funções e instituições de governo.²⁵

²¹BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 290; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, *passim*; CARVALHO, Acelino Rodrigues. *A legitimidade da jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais: das tutelas coletivas aos coletivos de tutela*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, em 19/07/2013.

²²FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. *Como explica Ferrajoli, no constitucionalismo rígido, a soberania do legislador cedeu passo à supremacia da constituição, posto que há de se respeitar não somente as formas de produção da norma (racionalidade formal), mas sobretudo os conteúdos constitucionais impostos.* (FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. *Isonomía*, n. 16, p. 7-20, 2002. p. 10-11)

²³FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 32.

²⁴*Esfera do (in)decidível compreende al conjunto de princípios que, em democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías.* (FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 102)

²⁵FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008. p. 105.

Assim, na concepção ferrajoliana, garantismo nada mais significa do que um Estado constitucional de direito, no qual o poder político acha-se limitado por meio de vínculos formais e substanciais, de forma de conteúdo, tendo por finalidade exclusiva a efetivação dos direitos fundamentais, sejam as liberdades clássicas, que impõem a obrigações negativas, no sentido de não lesão, sejam os direitos sociais, incluído o direito à saúde, os quais impõem obrigações positivas, consistentes na realização de políticas destinadas à sua efetivação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos julgados empreendida acima, à luz das teorias sumarizadas, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal, em tema de efetivação do direito fundamental à saúde, adota uma posição vacilante e confusa, ou mesmo contraditória. Por evidente, a afirmação da força normativa da constituição e, por conseguinte, a negação do caráter de norma programática ao contido no artigo 196 da Constituição Federal compatibiliza-se perfeitamente com um modelo de constituição rígida, cuja supremacia deve ser garantida por uma jurisdição de legitimidade das decisões políticas.

Por outro lado, tal perspectiva é incompatível com qualquer argumento de natureza econômica ou de risco de lesão ou ameaça de lesão à ordem e à saúde públicas; ou, de forma utilitarista, de que isso traria prejuízo a toda a coletividade (Dworkin); ou, ainda, que a pretensão não está contemplada nas políticas de saúde formuladas pelo Sistema Único de Saúde. Todos esses argumentos, ainda que de forma indireta, conduzem à teoria da reserva do possível que, como visto, parece adequada ao ordenamento alemão, onde é assegurado a todos o mínimo existencial, não o sendo, porém, em relação ao Brasil, onde tal mínimo, indispensável à proteção da dignidade da pessoa, fundamento primeiro de todos os direitos fundamentais, tem sido historicamente sonogado.

É de se ressaltar, portanto, que somente a concepção garantista de constituição é capaz de sustentar teoricamente qualquer decisão judicial em matéria de direitos sociais e, no caso da presente reflexão, do direito fundamental à saúde. É preciso recordar sempre com Ferrajoli que, num Estado constitucional de direito, as instâncias políticas estão submetidas ao direito, de modo que, não podem decidir com vistas à lesão das liberdades clássicas, nem podem deixar de decidir com vistas à efetivação dos direitos sociais. Fora isso, pode-se afirmar a defesa de qualquer tipo de ordenamento jurídico, menos um sistema de constituição rígida, dotada, portanto, de força normativa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria geral do estado*. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas, Millenniu, 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo; BARUFFI, Ana Cristina. *Ativismo Judicial e Ministério Público*, 2010. Boletim Direito Público NOTADEZ, v. 05, p. 47-78, 2010.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. *A legitimidade da jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais: das tutelas coletivas aos coletivos de tutela*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, em 19/07/2013.

FACHIN, Zulmar (coord). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

_____. FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. *Isonomía*, n. 16, p. 7-20, 2002.

GEBARA. Gassen Zaki. *A administração pública no Estado Constitucional*. Os direitos sociais como direitos subjetivos e o princípio da reserva orçamentária no Brasil e no direito comparado. Dourados, 2013.

JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JÚNIOR NUNES, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.