

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

RUI LICINIO DE CASTRO PAIXÃO FILHO

**INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO
BRASILEIRO E SEU IMPACTO NO DIREITO À SAÚDE**

SANTOS/SP

2020

RUI LICINIO DE CASTRO PAIXÃO FILHO

**INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO
BRASILEIRO E SEU IMPACTO NO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação do prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis.

SANTOS/SP

2020

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

344.04 Paixão Filho, Rui Licinio de Castro.
P172a Inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no direito brasileiro e seu impacto no direito à saúde/Rui Licinio de Castro Paixão Filho. - 2020.
116 f.

Orientador: Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis.

Dissertação (Mestrado)-- Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, Santos, SP, 2020.

. Reserva do possível. 2. Direito à saúde. 3. Constituição Federal.
I. Khamis, Renato Braz Mehanna. II. Título

Aos meus amados e admirados pais, Rui e Áurea, que nunca deixaram de acreditar em mim.

À minha querida esposa, Samanta, que mudou a minha vida e me inspira a ser a melhor versão de mim mesmo.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Santa Cecília, por ter me propiciado a oportunidade de poder expandir minha mente e meus conhecimentos através deste fantástico curso de mestrado.

Ao Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis, meu orientador, pelo incentivo, pelas valiosas contribuições, e, sobretudo, pela paciência em ter que lidar com as minhas constantes dúvidas para a condução deste trabalho

Ao Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza, grande incentivador e amigo, e cuja promessa a ele feita de sempre produzir artigos jamais será esquecida.

RESUMO

A questão enfrentada trata da aplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível na Constituição Federal e sua repercussão no direito à saúde. Sua relevância consiste no fato de que esta teoria vem sendo constantemente utilizada para fundamentar as decisões dos tribunais superiores, limitando a atuação do Estado à sua capacidade orçamentária, principalmente na garantia do acesso à saúde. Assim, o presente estudo consiste em demonstrar que, diante da forma equivocada com que a teoria da reserva do possível foi aplicada no Brasil, ela entrou em contradição com a Constituição Federal, o que se justifica diante do fato de tanto os direitos fundamentais quanto os sociais, incluindo o direito à saúde, serem cláusulas pétreas, o que não os sujeita a qualquer teoria que pretenda restringir-lhe o alcance e a abrangência. O método empregado para alicerçar este estudo foi o dedutivo, partindo da análise histórica e de cunho jurídico-normativo, através de consulta bibliográfica. Por fim, concluiu-se pela não aplicação da teoria da reserva do possível, diante da forma como os direitos fundamentais e sociais são tratados na atual Constituição Federal.

Palavras-chave: reserva do possível. direito à saúde. constituição federal.

ABSTRACT

The issue faced deals with the applicability of the Theory of the Possible Reserve in the Brazilian Federal Constitution and its repercussion on the right to health. Its relevance consists in the fact that this theory has been constantly used to base the decisions of the Brazilian superior courts, limiting the State's performance to its budgetary capacity, mainly in guaranteeing access to health. Thus, the present study consists in demonstrating that, in view of the mistaken way in which the theory of the possible reserve was applied in Brazil, it was in contradiction with the Brazilian constitution, which is justified in view of the fact that both fundamental rights and social rights, including the right to health, are immutable clauses, which does not subject them to any theory that intends to restrict its scope and scope. The method used to support this study was the deductive one, starting from the historical and legal-normative analysis, through bibliographic consultation. Finally, it was concluded that the theory of the possible reserve was not applied, given the way fundamental and social rights are treated in the current Federal Constitution.

Keywords: reservation of the possible. right to health. Brazilian federal Constitution.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	11
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.1. Delimitação do Tema.....	14
1.2. Elementos Históricos da Evolução dos Direitos Fundamentais.....	15
1.2.1 Baixa idade média.....	16
1.2.2. Idade moderna.....	17
1.2.3. Idade contemporânea.....	23
1.3. Direitos Fundamentais e Primeira Dimensão.....	26
1.4. Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão.....	27
1.5. Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão.....	28
1.6. Direitos Fundamentais de Quarta, Quinta e Sexta Dimensão.....	30
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO À SAÚDE.....	32
2.1. A proteção dos direitos fundamentais no Brasil.....	33
2.2. A fundamentalidade de um direito.....	34
2.3. As categorias de direitos fundamentais.....	36
2.3.1. Direitos individuais.....	37
2.3.2. Direitos sociais.....	38
2.4. As dimensões do direito fundamental à saúde.....	40
2.5. Dos direitos sociais como cláusulas pétreas.....	42
3. DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE.....	45
3.1. Considerações acerca do mínimo existencial.....	45
3.1.1. Teoria dos Quatro Status de Jellinek.....	47
3.1.2. O mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais.....	49

3.2. Limites à efetividade dos direitos fundamentais sociais.....	52
3.3. Da fundamentalidade do direito à saúde.....	55
3.3.1. Da ótica constitucional.....	56
3.3.2. Princípios básicos.....	59
3.3.3. Limites à efetividade do direito à saúde.....	61
4. O CUSTO DOS DIREITOS.....	63
4.1. Considerações iniciais.....	63
4.2. Direitos positivos e negativos.....	64
4.3. Custo dos direitos e direitos fundamentais.....	67
4.4. Custo dos Direitos e a teoria do mínimo existencial.....	69
4.5. Custo dos Direitos e a teoria da reserva do possível.....	71
5. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	73
5.1. Conceitos e origens.....	73
5.2. A reserva do possível na Alemanha.....	74
5.3. A reserva do possível no Brasil.....	79
5.4. Noções de direito orçamentário.....	81
5.5 A reserva do possível e os direitos sociais.....	83
6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE.....	87
6.1. Da discricionariedade na promoção de políticas públicas envolvendo a saúde.....	87
6.2. Da garantia e amplitude dos direitos contidos no mínimo existencial e seu impacto na reserva do possível quanto a discricionariedade.....	92
6.3. Do mínimo existencial como garantia do direito de liberdade e sua repercussão no acesso a saúde.....	97
6.4. Do não cabimento de invocação da reserva do possível na garantia do direito à saúde.....	105
7. CONCLUSÃO.....	107

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111
---------------------------------	-----

INTRODUÇÃO

A aplicação prática dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal de modo que todos os cidadãos possam deles usufruir têm sido um grande desafio enfrentado pelo Estado brasileiro, principalmente no tocante aos direitos envolvendo a saúde.

Tanto a saúde pública quanto a saúde suplementar têm seus problemas específicos, o que impede que o acesso aos mesmos seja feito de forma adequada, principalmente levando em conta a dificuldade do Estado em conceder recursos para a saúde.

Diante dessa realidade, a teoria da reserva do possível, originária da Alemanha, encontrou ótima recepção em nosso ordenamento jurídico. Esta teoria, em apertada síntese, determina que a garantia de direitos por parte do cidadão está condicionada na capacidade estatal de dar o devido provimento, atendendo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Como toda teoria que vem do exterior, há a necessidade de verificar se ela está em consonância com a Constituição Federal para, então se pensar em adaptá-la à realidade brasileira e, ao mesmo tempo, manter sua essência, de modo que ela não seja deturpada e aplicada de forma equivocada

Entretanto, o que ocorre no país é a aplicação dessas teorias sem nenhum critério, mesmo a Constituição Federal tendo algum impeditivo para a sua aplicação prática em território nacional. Isso, aliado a um perigoso ativismo judicial, onde os magistrados estão mais preocupados em impor sua visão de mundo do que em aplicar de fato a lei, ameaça a garantia dos direitos fundamentais.

A teoria da reserva do possível no Brasil, infelizmente, não é exceção. Ela vem sendo aplicada de modo equivocado no país, sobretudo no que tange o direito à saúde, onde o Estado vem se utilizando dessa visão deturpada da reserva do

possível como uma justificativa à sua inépcia em garantir o direito à saúde de seus cidadãos

O que se vê no Brasil, portanto, é a perversão dessa teoria, limitando a concessão de direitos às condições orçamentárias do Estado, sem levar em conta os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo que, se o ente público não tiver condições financeiras de garantir os direitos inerentes a coletividade, o Estado tem a desculpa ideal para negar esses direitos.

Desta forma, torna-se importante que considerações acerca da aplicação desta teoria em nosso solo sejam levadas em conta, uma vez que, diante da total falta de critério com que ela foi empregada no país, nem foi percebido que ela, na verdade, entra em contradição com a Constituição Federal, diante do fato de tanto os direitos fundamentais quanto os sociais serem cláusulas pétreas. Assim, elas só podem ser alteradas se for para aumentar sua abrangência e alcance, nunca para restringi-las. Isso afeta especialmente o direito à saúde, dada a sua vinculação ao mínimo existencial e devido às suas características de universalidade, integralidade e gratuidade, sendo imposta a toda a sociedade incondicionalmente, obrigando o Estado a conceder esse direito não importando as condições. Essa realidade impõe obstáculos à aplicação da teoria germânica no Brasil.

Essa discussão se torna relevante na medida em que a teoria da reserva do possível está sendo constantemente utilizada para embasar as decisões dos tribunais superiores, limitando a atuação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis, principalmente na garantia do acesso à saúde, abrindo um perigoso precedente. Diante do fato deste direito ser uma cláusula pétrea, estar vinculada ao mínimo existencial e em virtude de seu caráter absoluto imposto pelo art. 196 da Constituição Federal, torna-se importante questionar a aplicabilidade dessa teoria em nosso ordenamento jurídico.

O método empregado norteador deste estudo foi o dedutivo, partindo da análise histórica e de cunho jurídico-normativo, Através de consulta bibliográfica, utilizando como instrumento de embasamento, algumas fontes de pesquisa tais

como: livros jurídicos, revista, leis, artigos disponíveis na internet, entre outros, que tratam do objeto em estudo.

De início, isso foi feito analisando a formação história dos direitos fundamentais em paralelo com suas dimensões e, a partir daí, a sua abordagem na Constituição Federal, sua repercussão no direito à saúde e sua relação com a teoria do mínimo existencial. Daí, fez-se considerações acerca do estudo relativo ao custo dos direitos e, com essa premissa, traçou-se considerações sobre as teorias da reserva do possível, para, a partir daí, mostrar-se como isso afeta da discricionariedade da administração pública e seu impacto na relação do direito á saúde tanto com o mínimo existencial quanto com a reserva do possível.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Quanto ao conceito de direitos fundamentais, inicialmente, cabe estabelecer a diferença com os direitos humanos, uma vez que é costumeiro confundir ambos. Ainda que as semelhanças sejam várias, estes últimos têm uma abrangência maior, de caráter universal.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (2012, p. 18).

A história dos direitos fundamentais está ligada simbioticamente com o surgimento do Estado Democrático Constitucional de Direito, cujo alicerce é o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Os direitos fundamentais, portanto, foram reconhecidos de forma progressiva, a partir dos anseios de cada sociedade em determinado momento históricos. Assim, por questões didáticas, os estudiosos inicialmente passaram a dividir o tema em gerações.

Segundo Diógenes Júnior (2012, p. 571), a distinção entre gerações serve apenas para situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos

surtem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Entretanto, quanto ao regime jurídico, de acordo com Thiago Ruiz (2006, apud GUERRA, 2003, p. 82), “a lei deixou de ser o centro do universo jurídico em detrimento dos direitos fundamentais, que formam uma nova categoria jurídica, um regime jurídico específico.”

Entretanto, o termo “geração” vem sendo questionado pela Doutrina. Uma vez que ele atrai o sentido de sucessão, passa a ideia equivocada de que uma nova geração de direitos fundamentais substituiria a anterior, que cairia em desuso.

Essa visão contradiz a própria essência dos direitos fundamentais, pois eles têm caráter cumulativo, não se sobrepondo nem substituindo uns aos outros. Estes fatos fizeram a doutrina mais atualizada separar os direitos fundamentais em dimensões, traçando-os em paralelo com os ideais da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 587), o primeiro a utilizar o termo “dimensões” para classificar os direitos fundamentais foi o jurista tcheco-francês Karel Vasak, durante uma conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979, ocasião em que traçou um paralelo destes com a os ideais da Revolução Francesa.

Junto ao estudo dos direitos fundamentais, é importante relatar em paralelo o contexto histórico onde cada dimensão está inserida, uma vez que os direitos fundamentais guardam relação direta com os acontecimentos históricos, tendo estes lhes dado origem. Assim, é praticamente impossível estudá-los separadamente, sob pena de se ter uma compreensão limitada do tema.

1.2. ELEMENTOS HISTÓRICOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais dentro do contexto histórico vem em constante evolução desde a antiguidade, mas sua evolução história será tratada a partir do período histórico conhecido como Baixa Idade Média até a Idade Contemporânea, pois é no interregno entre esses dois períodos históricos que ocorrem o surgimento e a consolidação daquilo que se entende hoje por direitos fundamentais.

1.2.1. BAIXA IDADE MÉDIA

Os direitos fundamentais foram primeiramente abordados neste período histórico. A concentração de poderes nas mãos dos reis era tamanha que a sociedade da época percebeu a necessidade de criação de mecanismos que coibissem a concentração de poder, bem como os abusos dele advindos. Isso ocorreu pela primeira vez na história em 1215, através da *Magna Charta Libertatum*, também conhecida como Magna Carta.

Os eventos que levaram a elaboração desse documento histórico se iniciaram com o falecimento do rei Ricardo I. O rei, que entrou para a história com a alcunha de *Coração de Leão*, devido a seus feitos como guerreiro e líder militar, não deixou descendentes, tendo assumido o trono inglês seu irmão João.

João logo passou a ser conhecido como João Sem Terra, uma vez que, sendo o filho mais novo do Rei Henrique II, não herdou terras, diferente de seus irmãos mais velhos.

Durante seu governo, ele se revelou um tirano, não tendo o respeito nem o amor de seus súditos. Além disso, mostrou-se ser inepto para o cargo, uma vez que fracassou na tentativa de retomada de territórios ingleses tomados pela França, e se envolveu em uma querela com a Igreja católica sobre a nomeação do Arcebispo da Cantuária. Isto colocou a Inglaterra sob sentença de interdição até que João aceitasse a determinação da Igreja em 1013.

Preocupados com a administração do reino, nobres revoltados tomaram Londres e obrigaram João a assinar a Magna Carta.

Nela, pela primeira vez na história, as prerrogativas de um rei sofreram restrições quanto ao alcance do seu poder, submetendo-o e a todos os seus súditos a um corpo legal.

A Magna Carta, ao limitar os poderes do rei, foi o primeiro documento de caráter constitucional a garantir direitos ao povo, tendo sido o primeiro deles o direito do indivíduo de ser julgado conforme a lei, de acordo com o devido processo legal.

Foi desse dispositivo legal que surgiu o hábito de denominar constituições como Magna Carta.

Como foi obrigado a isso e pelo fato do documento restringir bastante seu poder, João o descumpriu no momento em que os nobres deixaram Londres, o que mergulhou a Inglaterra numa guerra civil.

A Magna Carta voltaria a ter sua relevância consolidada através dos eventos conhecidos como Revolução Inglesa, que possibilitou a criação dos institutos que deram base aos direitos fundamentais.

1.2.2. IDADE MODERNA

A Revolução Inglesa ocorreu no período compreendido entre 1642 e 1689 e abrangeu quatro fases: Revolução Puritana ou Guerra Civil (1642-1649), República de Oliver Cromwell (1649-1658), Restauração da dinastia dos Stuart (1660-1688) e a Revolução Gloriosa (1688-1689).

A Revolução Puritana teve início com os desentendimentos entre o rei Carlos I e o Parlamento no tocante ao aumento de impostos, tendo o monarca dissolvido o órgão diversas vezes por não ter tido sua vontade atendida.

O estopim que levou a ruptura com o rei foi sua tentativa de impor o anglicanismo a não só aos ingleses, mas também aos escoceses e aos irlandeses atraindo para si a raiva dos puritanos e presbiterianos. As atitudes de Carlos I conseguiram irritar tanto o povo quanto a burguesia e o Parlamento.

Visando conter os impulsos autoritários do rei, o Parlamento instituiu a *Petition of Rights*, em 1628. Esse dispositivo legal visava o reconhecimento de diversos direitos e liberdades já reconhecidos na Magna Carta. Dentre suas principais contribuições, estabeleceu a proteção contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade. O rei Carlos I reagiu de forma enérgica a essa iniciativa: dissolveu o Parlamento, que ficou inativo até 1640.

Por ter resolvido entrar em uma guerra contra a Escócia, Carlos I precisou cobrar tributos da burguesia para bancar as despesas decorrentes, restaurando o Parlamento que, fazendo valer a *Petition of Rights*, novamente se rebelou contra o rei, mas dessa vez estavam preparados para um conflito armado.

Graças a liderança de Oliver Cromwell, as tropas submetidas ao Parlamento foram vitoriosas, o que levou a prisão de Carlos I e sua morte por decapitação.

Com isso, chegou-se à fase da República de Oliver Cromwell. Seu governo de início beneficiou a nascente burguesia inglesa, a ponto de, com o auxílio dela, em 1653, derrubar o parlamento e instituir uma ditadura. Em 1657, Cromwell e os parlamentares deram início a um acordo para restituir o Parlamento. Entretanto, ele faleceu quando o acordo estava prestes a ser finalizado, sendo sucedido por seu filho Richard.

Richard Cromwell, todavia, não tinha o mesmo prestígio e poder do seu pai, tendo sua autoridade constantemente questionada pelos burgueses mais radicais.

Desta forma, visando evitar uma nova guerra civil e manter a paz, o Parlamento destituiu Richard Cromwell e convidou Carlos II, filho do rei decapitado, a assumir o trono, restaurando a dinastia dos Stuart.

Carlos II assumiu o trono prometendo respeitar o Parlamento, mas arquitetou um plano para restabelecer o absolutismo. Para isso, ele se aproximou do Rei Luís XIV da França. Ele também obteve o apoio da Igreja Católica, mas para isso teve que efetuar uma série de perseguições religiosas contra os calvinistas.

O Parlamento, receoso do rumo que o país estava tomando, manifestou sua discordância junto a Carlos II através do *Habeas Corpus Act*, de 1679, que reforçou a prerrogativa já instituída na Magna Carta que qualquer pessoa ilegalmente presa teria direito a um julgamento para se averiguar a legalidade de sua detenção. Todas as garantias constitucionais criadas posteriormente tiveram esse instituto como base.

Em resposta, ele dissolveu o parlamento e governou sozinho até sua morte, em 1685.

Como não teve herdeiros legítimos, seu irmão Jaime II assumiu o trono. Ele restaurou o Parlamento, mas queria a manutenção do absolutismo, contando com o apoio da França e dando cada vez mais privilégios aos católicos. Assim, o Parlamento resolveu dar um basta nessa situação.

Os parlamentares conspiraram com Maria, filha de Jaime II e seu Marido Guilherme de Orange, governante dos Países Baixos, para que assumissem o trono inglês. Em 1688, Guilherme de Orange e seu exército invadiram a Inglaterra para depor o rei. A cavalaria real, insatisfeita com os desmandos de Jaime II, se aliou ao invasor holandês, forçando Jaime II ao exílio.

Daí vem o nome desse evento histórico como Revolução Gloriosa, uma vez que, com a adesão da cavalaria real, a tomada do trono ocorreu praticamente sem violência.

Guilherme de Orange assumiu o trono inglês como Guilherme III. Antes disso, no entanto, o Parlamento decidiu limitar os poderes reais instituindo o Bill of Rights em 1689. Através dele, o rei foi obrigado a ceder grande parte de suas prerrogativas ao Parlamento, deixando este órgão encarregado dos rumos políticos do país. Isso deu origem a monarquia constitucional, regime que perdura na Inglaterra até os dias atuais.

O momento histórico conhecido como Revolução Americana, ou Guerra de Independência dos Estados Unidos, marcou o início dos movimentos que culminaram com a Revolução Francesa, dando início a Idade Contemporânea, como também a consolidação dos direitos fundamentais de primeira geração.

Tais direitos começaram a ser reconhecidos com a Declaração de Virgínia, em 1776.

Com o fim da Guerra dos Sete Anos entre Inglaterra e França, a Coroa britânica impôs pesados impostos à sua colônia do outro lado do Oceano Atlântico

Criada a partir desse contexto e inspirada por Locke, Rousseau e Montesquieu, esta foi, segundo José Afonso da Silva (2014, p. 155), a primeira declaração moderna do que hoje conhecemos por direitos fundamentais. Ela partia da premissa da existência de leis naturais do contrato entre governantes e governados e da autonomia entre os poderes do Estado como fundamentais à liberdade humana. Seu art. 1º sintetiza a finalidade deste documento histórico:

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade

com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Ao passo que os institutos ingleses aqui citados tinham por finalidade básica limitar o poder do rei e proteger o indivíduo de quaisquer abusos por ele praticado, além de ratificar a supremacia do Parlamento, a Declaração de Virgínia parte da limitação do poder do Estado diante dos direitos inerentes ao cidadão.

Esses eventos culminaram com a Declaração de Independência em 1776. Ela teve maior repercussão que a Declaração de Virgínia. Sobre isso, José Afonso da Silva (JEFFERSON, Thomas, Apud SILVA, 2014, p. 156-157), aponta que, sendo todos os homens criados iguais e dotados de direitos inalienáveis, uma vez que o Estado vá de encontro a esses princípios, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo que obedeça esses princípios e organize os poderes de modo a proporcionar a segurança e felicidade de seus cidadãos.

O trecho acima, além de marcar a ruptura definitiva das Treze Colônias com a Inglaterra, sua metrópole, passou a constar como um padrão moral a ser seguido pela nova nação com o intuito de evitar o uso abusivo do poder pelo Estado em relação aos seus cidadãos.

Dessa forma, os direitos humanos deixaram de ser apenas um ideal e passaram a adquirir contornos constitucionais, passando a ser direitos fundamentais.

Após conquistarem sua independência, os Estados Unidos passaram a focar suas atenções na elaboração de sua constituição. Seu norte foi dado a partir dos ensaios publicados por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison que deram origem a obra 'O Federalista', que exerceu grande influência para que a constituição dos Estados Unidos fosse alicerçada sob os princípios do federalismo.

Alexander Hamilton (1840, p.2) tinha como preocupações para e plena efetivação da constituição estadunidense o fato de cada um dos Estados recém-formados querer por obstáculos a qualquer mudança que gere diminuição de seu poder e prerrogativas, bem como a ambição de pessoas e grupos que coloquem seus interesses como prioridade em detrimento dos interesses do país, podendo levar à sua fragmentação.

John Jay (1840, p. 17) tinha preocupações semelhantes. Ele ainda ressaltava que, com um governo único, os tratados seriam interpretados e executados de forma igualitária entre os Estados-membros. Se cada um se tornasse um país independente, tais questões seriam tratadas de forma variada, dada as diferentes leis e tribunais que as analisariam, o que ressalta a importância de um governo unificado.

James Madison (1840, p. 75-76) sintetiza as preocupações de seus colegas e resalta a importância da constituição nos Estados Unidos estar calcada sob as bases do federalismo, afirmando que “homens de Estado” devem saber conciliar interesse opostos em nome do bem comum, reconhecendo que nem sempre o Estado é administrado por pessoa competentes para tanto, havendo a possibilidade tanto de partidos políticos tentarem fazer valer seus interesse quanto que a visão imediatista desses mesmos partidos se sobreponham ao interesse geral e, ainda que não te tenha como deter essa situação, o federalismo poderia corrigir seus efeitos.

De acordo com José Afonso da Silva (2014, p. 157), a constituição dos Estados Unidos foi elaborada na Convenção de Filadélfia em 1787. Entretanto, só seria aprovada se nove dos treze Estados Independente a ratificassem. Ela, a princípio, não levou em conta a questão dos direitos fundamentais. Isso só ocorreu porque alguns Estados condicionaram sua adesão à elaboração de uma carta de direitos onde os direitos fundamentais fossem consolidados.

A Constituição dos Estados Unidos é a segunda mais antiga constituição em vigor, perdendo apenas para a Constituição de San Marino, que promulgada em 1600 e vigora até os dias atuais.

1.2.3. IDADE CONTEMPORÂNEA

Apesar da base formada na Inglaterra e da sua afirmação ocorrida nos Estados Unidos, a consolidação definitiva dos direitos fundamentais só ocorreram de fato na França, em 1789, após a Revolução Francesa, que derrubou a monarquia, pondo fim ao absolutismo e dando início ao que a maioria dos historiadores chama de Idade Contemporânea, que ainda encontra-se em vigor.

Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França, pela primeira vez os direitos fundamentais passaram a abranger toda a sociedade, servindo de inspiração não só para a atual constituição francesa como também para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Assim como a Revolução Francesa alterou os paradigmas políticos com reflexos até os dias atuais, economicamente a Idade Contemporânea teve início com a Revolução Industrial.

Nesse período, houve um grande deslocamento da população rural para as cidades buscando trabalho nas fábricas. Isso resultou na criação de enormes concentrações urbanas, acarretando péssimas condições de vida. Além disso, o ambiente nas fábricas era completamente insalubre, com as jornadas de trabalho chegando até a oitenta horas semanais.

Essa realidade massacrante foi causando, aos poucos, a erosão dos direitos à liberdade anteriormente conquistados, passando a ter apenas um aspecto meramente formal, sem nenhuma aplicação prática.

Esses eventos proporcionaram que os ideais defendidos por Karl Marx e Friedrich Engels ganhasse adeptos entre a classe trabalhadora, acarretando numerosos atritos contra os donos dos meios de produção.

No Século XIX a sociedade enfrentou a contradição de ter que aliar o progresso econômico o reconhecimento à população de seus direitos sociais, tendo isso eclodido no século XX, como reconhecimento desses direitos sociais se iniciando com a Constituição Mexicana de 1917.

Ela resultou da Revolução Mexicana, a primeira das grandes revoluções do século XX. Este evento ocorreu devido ao fato do México, até então, ter seus destinos regidos por uma elite agrária, e era governado por Porfírio Díaz, um ditador que se manteve no poder por mais de trinta anos através de eleições fraudulentas. Isso durou até 1910, onde, após ganhar mais uma eleição em circunstâncias suspeitas, Francisco Madero, seu opositor naquele pleito, com o apoio dos revolucionários Emílio Zapata e Pancho Villa, conseguiu convencer a população a se rebelar e o governo de Díaz foi derrubando, tendo Madero assumido a presidência em 1911 com a promessa de concretizar a reforma agrária há muito ansiada pelo povo mexicano.

Madero, no entanto, não cumpriu com a promessa feita. Isso atraiu a ira da população e, conseqüentemente, Zapata e Villa romperam com ele. Paralelo a isso, em 1913, Madero morre em um golpe de estado liderado por Victoriano Huerta, que assumiu o poder no México.

Villa e Zapata conseguem derrubar Huerta e, em 1914, Venustiano Carranza assume a presidência, tendo sido em seu governo que a Constituição Mexicana foi promulgada. Ela ainda se encontra em vigor, foi a primeira constituição liberal do mundo, e se destacou por conciliar liberdades individuais com direitos sociais, sendo a primeira incluí-los em seu bojo.

Além de avançar bastante em temas como liberdade, religião e educação, a constituição mexicana foi a primeira a qualificar como direitos fundamentais os direitos trabalhistas e os direitos políticos.

Ilton Norberto Robl Filho (2017, p. 362), deixa claro, que a constituição mexicana tem um caráter amplo, abrangendo toda a sociedade mexicana, ao contrário do marxismo, onde o conceito de povo é reduzido a classe trabalhadora.

A Constituição de Weimar, seguindo o exemplo da Constituição Mexicana de 1917, consolidou os direitos sociais e foi além, ao abolir as classes sociais, outorgar às mulheres os mesmos direitos que os homens, além da liberdade de opinião e comercial no país.

Ela foi promulgada na cidade de mesmo nome em 1919, sendo uma reação à derrota da Alemanha na 1ª Guerra Mundial, que causou a queda do regime monárquico que até então governava o país, causando profundas mudanças no regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais. Essa constituição modificou a concepção negativa do Estado, que até então se limitava em proteger as liberdades individuais e a igualdade formal perante a lei, passando a agir sob um enfoque positivo, visando garantir as condições materiais de vida digna para todos e a proteção dos menos favorecidos.

Apesar dessas importantes conquistas, a Constituição de Weimar falhou ao delegar ao governante poderes praticamente absolutos o que acabou por possibilitar a ascensão do nazismo e a erosão dos direitos fundamentais.

A Constituição de Weimar durou vigorou em sua plenitude até 1933, quando Adolf Hitler mergulhou a Alemanha numa ditadura que culminou na 2ª Guerra Mundial. Com a ascensão de Hitler, a Constituição de Weimar ainda era válida, mas só era aplicada na prática em situações não conflitantes com o regime totalitário que se instalou na Alemanha.

Esses eventos foram alguns dos fatores que deram causa à eclosão da 2ª Guerra Mundial, que, após seis anos de lutas sangrentas, decretou o fim do nazismo.

Com a vitória dos Aliados e o fim do Nazismo, a sociedade tratou de retomar os ideais democráticos, sendo a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) o primeiro passo nesse sentido.

1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de primeira dimensão dizem respeito a liberdade. Essa liberdade consiste na defesa dos direitos do indivíduo em relação ao Estado, cuja intervenção na esfera privada deve ser vedada. Segundo Sarlet (2017, p. 341) esses direitos são de cunho negativo¹, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.

Esses direitos do indivíduo consistem no direito à vida, a igualdade perante a lei, a liberdade (de expressão, de imprensa...), a propriedade, bem como o direito à participação política, ao voto e às garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*...). Com a aquisição de tais direitos, é possível perceber uma íntima ligação entre os direitos fundamentais com o Estado democrático de direito.

Segundo Willis Santiago (2009, p. 186), o Estado democrático de direito consiste na harmonização de interesses que se localizam divididos em três esferas: a pública, ocupada pelo Estado, a privada, onde está o indivíduo, e uma terceira de caráter coletivo, onde se situam os interesses dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

¹ Virgílio Afonso da Silva questiona a dependência da eficácia e da aplicabilidade das normas de direito fundamental do exame de cada uma delas como sendo de cunho positivo ou negativo. Para ele, “a postura mais adequada parece ser aquela que se disponha a um desenvolvimento e uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um diálogo constitucional formado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes e a comunidade” (SILVA, 2017. p. 252).

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais de primeira dimensão são, acima de tudo, direitos de resistência do indivíduo diante do poder do Estado.

1.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

Em resposta aos avanços das ideias de Marx e Engels e com receio do risco de uma revolução de viés comunista, que poderia arriscar todas as conquistas econômicas advindas da Revolução Industrial, o Estado passou a reconhecer as demandas do proletariado, de modo a manter a não intervenção da liberdade individual, em paralelo com a implementação de mecanismos que proporcionassem o bem-estar social, o que deu origem aos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Isso implica em exigir do Estado uma atuação em prol dos direitos sociais dos seus cidadãos. Estes direitos não são considerados individualmente e sim como de cunho econômico e social, visando proporcionar à sociedade melhores condições de vida.

Quanto a isso, Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 77) expõe que, implicando a proteção de direitos sociais em uma exigência da atuação do Estado, o âmbito de proteção desses direitos acarreta a condição de que os mesmos seja colocados em prática.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, portanto, focam na questão da igualdade e consistem na concessão de direitos sociais pelo Estado a seus cidadãos, tais como: prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc., implicando também em liberdade de sindicalização, do direito de greve, e o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo e a limitação da jornada de trabalho.

1.5. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

O mundo que emergiu do pós-guerra tratou de retomar os valores democráticos, e os direitos fundamentais fizeram parte desse processo.

A retomada desses valores passou pela internacionalização dos direitos humanos, uma situação bastante recente na história humana, que veio como uma resposta ao nazismo, que colocou o Estado como um violador de direitos humanos, resultando na morte de milhões de pessoas, além de limitar a titularidade de direitos apenas à raça ariana, em detrimento dos demais seres humanos (PIOVESAN, 2010, p. 122).

Essa preocupação com a internacionalização dos direitos humanos não demorou a abarcar os direitos fundamentais. Isso levou a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Fundada em 1945 para servir de mediadora em conflitos internacionais, evitar guerras, promover a paz e a democracia e garantir os Direitos Humanos, o órgão, após as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial, percebeu a necessidade de sistematizar os direitos fundamentais e concomitantemente, consolidar os direitos humanos como uma meta a ser alcançada por aquela nova sociedade que surgia dos escombros de um conflito tão nefasto para a humanidade. Isso se deu em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

A Declaração Universal do Direitos Humanos, devido ao fato de ser uma declaração de intenções, não possui efeito vinculante, não determinando sanções aos países que a descumprem, embora estabeleça um caráter obrigatório de cumprimento a todos os membros da comunidade internacional em relação a todas as pessoas.²

² Embora não seja uma posição majoritária, há quem defenda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha de fato força vinculante, ainda que não tenha sido a intenção de seus redatores. Seu caráter legal, se acordo com essa corrente, decorre do fato desta declaração ser parte integrante dos costumes internacionais e do princípios gerais do Direito Internacional, além do fato dela ter sido incorporada, seja integral ou parcialmente, às constituições de muitos países.

Em seu teor, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já no seu preâmbulo, salienta a necessidade no seu reconhecimento em caráter universal, além de enfatizar a necessidade dos Estados de protegerem os direitos humanos e os direitos fundamentais do homem e na dignidade da pessoa humana, bem como de aplicarem essas conquistas a todos os seus cidadãos, de forma ampla, geral e irrestrita.

Os dois primeiros artigos da DUDH (1948) deixam essas premissas bem claras:

Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II: Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Esses dois artigos norteiam a terceira dimensão dos direitos fundamentais, calcada na noção de fraternidade. sua principal característica é levar a proteção dos direitos individuais e sociais do ser humano a um passo além, passando a vê-lo como parte de uma coletividade que deve ser igualmente protegida.

Os direitos fundamentais de terceira geração mais proeminentes são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, a proteção ao consumidor, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

A esse conjunto de fatores se passou a denominar direitos transindividuais, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2015, p. 232) os coloca na

Essa corrente também alega que várias resoluções da ONU adotadas internacionalmente são baseadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e que várias decisões oriundas de cortes nacionais se utilizam da declaração como fonte de direito. Por essas razões, os dispositivos contidos nesta declaração, segundo essa corrente minoritária, ser aplicada não só aos seus signatários, mas a todos os Estados.

condição de gênero, cujas espécies são os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

Direitos difusos são aqueles atribuídos a titulares indeterminados, onde a ocorrência de um fato é o suficiente para atingir todos a ele relacionados. Os direitos coletivos em sentido estrito dizem respeito a todas as pessoas inseridas em determinado grupo, categoria ou classe. Já nos direitos individuais homogêneos, os titulares de direitos são determináveis e se encontram ligados a uma causa comum ou a um único fato que gerou várias pretensões.

Através dos direitos transindividuais, direitos que até então estavam restritos aos indivíduos passaram a tutelar toda a sociedade, possibilitando que os direitos de determinados grupos de pessoas sejam respeitados, além de mitigar a situação de conflito inerentes a essas situações.

1.6. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA, QUINTA E SEXTA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações são reconhecidos e consolidados pela doutrina, tendo sua existência e validade ratificadas até pelo Supremo Tribunal Federal (STF).³

A existência de novas dimensões de direitos fundamentais além daquelas aqui estudadas, no entanto, é objeto de controvérsia na doutrina. Para alguns estudiosos o rápido desenvolvimento tecnológico experimentado pela

³ "Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - que realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração(direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. "(STF - MS: 22164 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/10/1995, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155)

humanidade a partir da segunda metade do século XX, em especial com o advento da internet, e os problemas por ele trazidos, aliada às questões urbanas geradas pelo crescimento desordenado das grandes metrópoles justificam a existência de uma quarta, quinta e até mesmo uma sexta dimensão.

A quarta dimensão seria consequência do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia, como a proteção contra as manipulações genéticas, devendo garantir os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Já a quinta dimensão decorria de questões envolvendo tecnologia, informação, ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral, abrangendo o dever de cuidado, amor e respeito para com todas as formas de vida, bem como direitos de defesa contra todas as formas de preconceito.

A sexta dimensão, por fim, diria respeito ao direito fundamental a água potável, dada sua importância para a vida, saúde e desenvolvimento humano.

Os direitos defendidos por essas novas dimensões dos direitos fundamentais, podem ser perfeitamente abarcadas pelas dimensões clássicas consagradas na doutrina, de modo que as necessidades neles abordadas podem ser incluídas nesses últimos, razão pelo qual, adota-se neste trabalho a classificação adotada por Robert Alexy, Konrad Hesse e Willis Santiago Guerra Filho.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO À SAÚDE

Os direitos fundamentais só passaram a figurar ostensivamente nas constituições após a 2ª Guerra Mundial e a consolidação dos direitos fundamentais de terceira geração.

Em 1985, após um período de 21 anos de regime militar, se iniciou no Brasil um processo de redemocratização que culminou com a promulgação, em 1988, da atual Constituição Federal. Além de consolidar o Estado democrático de direito no Brasil, a atual constituição tratou dos direitos fundamentais como nenhuma outra até então.

O compromisso da Constituição Federal (1988) com os direitos fundamentais é possível de ser visto já no seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A atual Magna Carta inovou ao colocar a proteção dos direitos individuais e sociais sob a tutela dos direitos transindividuais, além de apresentar em seu texto os direitos fundamentais antes mesmo da organização do Estado, mostrando a importância dada ao tema.

Outra grande inovação trazida pela atual Constituição Federal foi, pela primeira vez, reconhecer a saúde como um direito social. Antes disso, a assistência à saúde era tratada como benefício de Previdência Social, ficando restrita apenas a seus contribuintes. Com o *status* de direito social, a saúde passou a ser um direito garantido pelo Estado a todos os brasileiros, independentemente de contribuição previdenciária.

Com esse reconhecimento, a saúde passou a ser planejada através de políticas sociais e econômicas. Assim, de modo a colocar esse direito de forma acessível à população, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), cuja finalidade é garantir o acesso universal, igualitário e gratuito aos serviços de saúde.

2.1. PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Sob o espírito da ruptura com o regime militar e diante da necessidade de recolocar o país no rumo das nações democráticas, a atual Constituição Federal, já em seu preâmbulo, descreve o Estado brasileiro como sendo de cunho democrático, assumindo o compromisso de assegurar os direitos de seus cidadãos.

Para Flávia Piovesan (2012, p. 56), a Constituição Federal, além de institucionalizar um regime político democrático no país, introduziu também um avanço no tocante a consolidação dos direitos fundamentais, bem como na proteção da parcela mais necessitada da sociedade brasileira.

A Constituição Federal faz isso ao atribuir aos direitos e garantias fundamentais a condição de cláusula pétrea, além de tutelar e proteger os direitos transindividuais.

Com essa premissa, a Constituição Federal também inova ao consolidar a extensão de titularidade de direitos, bem como o aumento da quantidade de bens mercedores de tutela, por meio da ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN 2012, p. 61),

A importância dada ao tema pela Constituição pode ser vista no § 1º do seu art. 5º, onde se encontra determinado expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Os direitos fundamentais não estão restritos ao Título II da Constituição Federal. Eles podem ser encontrados tanto dentro da Carta Magna, de forma esparsa, quanto fora dela, através de tratados internacionais.

No tocante a tratados internacionais envolvendo direitos humanos, a posição defendida por Piovesan é de que os tratados aprovados com base no § 2º do art. 5º da Constituição Federal sejam atribuídos o *status* de norma constitucional. Aos demais tratados, devem ser dados forma hierárquica infraconstitucional, conforme o art. 102, III, “b”.

Entretanto, na visão da maioria dos ministros do STF, a tese adotada é a de que “os tratados internacionais não podem violar a norma constitucional, nem podem conter ou delimitar a abrangência normativa destas mesmas normas.”⁴ É importante destacar que possuem *status* de norma constitucional todos aqueles aprovados com base do § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, nossa suprema corte ratifica a superioridade da Constituição em relação a tratados internacionais, mesmo aqueles que tratam de direitos humanos.

Quanto aos direitos sociais, em constituições brasileiras passadas, eles faziam parte do capítulo referente a ordem social, que costumava estar misturada com a ordem econômica. Nesse sentido, a Constituição de 1988 inovou ao, pela primeira vez, dedicar um capítulo específico tratando dos direitos sociais, elencando-os em seu art. 6º: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outros.

2.2. A FUNDAMENTALIDADE DE UM DIREITO

⁴ STF. HC 77.631-SC. Rel. Min. Luiz Octávio Gallotti, j. em 3/8/1998 de 3 de agosto de 1998.

Uma discussão importante a ser feita é delimitar quais são os requisitos que possibilitam que um direito seja qualificado como fundamental por uma constituição.

Segundo Renato Brás Mehanna Khamis (2017, p. 166), “é preciso ter em mente que a fundamentalidade de um direito pode decorrer de razões de ordem sistêmica, lógica e ética.”

Sob esse raciocínio, levando em conta a fundamentalidade de um direito sob o prisma sistêmico, é possível notar que alguns direitos podem ter precedência sobre os demais, podendo, inclusive, fundamentá-los.

No tocante ao ponto de vista lógico, um direito pode ter surgido antes de outro, podendo servir como fundamento de existência ou validade de direitos que venham destes derivarem.

Quanto ao aspecto ético, tem-se por base preceitos consagrados por uma população em um momento histórico específico. Assim, um direito é considerado fundamental por assegurar juridicamente os valores caros a uma coletividade.

Renato Brás Mehanna Khamis (2017, p. 167) arremata essa questão concluindo que o direito fundamental é garantido por uma norma jurídica que reflete um valor fundamental para se viver dentro de um panorama ético alicerçado em uma determinada sociedade dentro de um contexto histórico, podendo ser exercido por qualquer sujeito que esteja vinculado à hipótese normativa prescrita de obediência, sob pena de coerção.

É costumeiro tratar direitos fundamentais e garantias fundamentais como sinônimos. Todavia, eles têm suas diferenças. Ao passo que os direitos fundamentais são aqueles vigentes no ordenamento jurídico, as garantias fundamentais são os meios utilizados visando a proteção ou reparação ao um direito fundamental violado.

A tais direitos foram atribuídos o *status* de cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal. Dessa forma, elas até podem ser alteradas através de emenda constitucional desde que o objetivo dela não seja abolir esses direitos.

A emenda constitucional pode até vir a melhorar, ou ampliar as garantias constitucionais, mas não pode, de forma alguma, restringi-las, pois estaria violando o princípio do não retrocesso social, cunhado por J.J. Gomes Canotilho (2015, p. 338-339), que será abordado no momento oportuno.

2.3. AS CATEGORIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais em nossa Carta Magna encontram-se elencados no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo subdividido em cinco capítulos:

a) Direitos individuais e coletivos: são aqueles que dizem respeito a pessoa humana e à sua personalidade, abrangendo questões referente à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Esses direitos encontram-se previstos no art. 5º da Constituição Federal;

b) Direitos sociais: estão dispostos no art. 6º do referido dispositivo legal e tratam de liberdades positivas aos indivíduos que, por sua vez, tratam de educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Esses direitos têm, por fim, a igualdade social, se dando através do amparo aos menos favorecidos;

c) Direitos de nacionalidade: é o elo de cunho jurídico e político que constitui uma relação entre um indivíduo e um Estado. Essa ligação torna o esse indivíduo portador do direito

de ser parte do povo daquele Estado, tornando-o possuidor dos direitos e deveres inerentes a este vínculo;

d) Direitos políticos: propicia ao indivíduo o direito de exercer sua cidadania, possibilitando a sua participação nos rumos do Estado. Tais direitos constam no art. 14;

e) Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: estão descritos no art. 17 e colocam os partidos políticos como entidades essenciais na manutenção do Estado democrático de Direito.

Dentre essas categorias, serão dadas ênfase nos direitos individuais e sociais, objeto deste estudo

2.3.1. DIREITOS INDIVIDUAIS

Segundo a conceituação de José Afonso da Silva (2014, p. 192), direitos individuais são “aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”

Estes direitos encontram-se previstos no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, onde ao cidadão são concedidos direitos como a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Tais direitos possuem as seguintes características:

a) são indisponíveis, ou seja, seu portador não tem o poder de abrir mão deles, embora na prática haja situações causadoras de inúmeros debates nesse sentido, como a eutanásia;

b) são imprescritíveis, não se perdendo com o tempo ainda que não sejam utilizados;

c) são inalienáveis, não podendo ser vendidos, doados ou emprestados. A exceção a esta regra é o direito à propriedade, que pode ser perdida ou vendida;

d) são indivisíveis, de modo que não podem ser analisados separadamente, pois o desrespeito a um deles implica no desrespeito a todos.

Os direitos individuais, portanto, estão devidamente protegidos contra qualquer lesão ou ameaça ao seu pleno exercício.

Percebe-se, portanto, que os direitos individuais são um ramo dos direitos fundamentais, estando umbilicalmente ligados à primeira dimensão destes.

Dentre os direitos individuais previstos na Constituição Federal, destacam-se a garantia de que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o direito de propriedade de acordo com sua função social, tratamento justos perante a lei, entre outros.

2.3.2. DIREITOS SOCIAIS

A Constituição Federal se reveste de inovações ao inserir no seu Título II os Direitos Sociais que, sob a égide das constituições anteriores se encontravam espalhados ao longo de seus textos. Isso demonstra a intenção do legislador constituinte sobre a vinculação dos mesmos com os direitos individuais.

O Compromisso da atual constituição é perceptível em seu art. 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre eles, é destacam-se o de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Também nesse caminho José Afonso da Silva (2014, p. 288-289), para quem os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, constantes em normas constitucionais que permitem melhorar condições de vida aos mais fracos, além de tornar mais equilibrada a situação dos desiguais, estando diretamente relacionadas ao direito de igualdade.

É uma característica marcante desses direitos a necessidade de uma intervenção estatal para que eles possam ser concretizados. Essa atuação do Estado ocorre no intuito de trazer um equilíbrio à situação de desigualdade inerente entre as pessoas.

Como já foi anteriormente exposto, Virgílio Afonso da Silva questiona a intervenção estatal para a garantia de proteção dos direitos sociais, para ele, isso deve ser feito, sobretudo, a partir de um diálogo entre o Estado e a sociedade a partir de um viés constitucional.

De fato, os direitos sociais exigem a intermediação dos entes estatais para sua concretização, uma vez que a igualdade material e a liberdade real não se concretizam espontaneamente. Assim, há a necessidade de uma ação conjunta tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo para que os direitos sociais sejam colocados em prática.

Isso ocorre através da elaboração de normas infraconstitucionais por parte de Poder Legislativo para a definição do conteúdo dos direitos sociais descritos na Constituição Federal para, a partir daí, serem colocadas em prática pelo Poder Executivo, criando as condições materiais e institucionais para que esses direitos possam ser exercidos em sua plenitude.

Dessa forma, uma vez determinados os pressupostos legislativos, a efetivação integral dos direitos sociais só pode ocorrer através do Poder Executivo por meio da implementação de políticas públicas.

No que concerne às políticas públicas, a Constituição Federal garante o direito universal à saúde e à educação, além de definir a Seguridade Social como sendo constituída pelas políticas de previdência social, de saúde e de assistência social.

2.4. AS DIMENSÕES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à vida, o mais essencial à humanidade, só pode ser exercido com qualidade através da plenitude física e mental do indivíduo.

Tendo isso em mente, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1948 determinou que a saúde não é restrita apenas a ausência e controle de doenças ou enfermidades, mas também alcançar um estágio de bem-estar físico, mental e social.

O Supremo Tribunal Federal (STF), além de consolidar o acesso à saúde como um direito fundamental, reconhece a relação de simbiose que ele tem com o direito à vida.⁵

As Constituições brasileiras que precederam a atual tratavam do direito à saúde, mas apenas visando fixar competências legislativas e administrativas. A saúde, enquanto direito fundamental e social, só foi tratada como tal na atual Constituição Federal., em seu art. 6º, ao passo que o seu modo de aplicação se encontra previsto nos arts. 196 a 200. O art. 196, inclusive, determina expressamente a saúde como direito de todos e dever do Estado, através de políticas sociais e econômicas que reduzam os riscos de doenças, bem como o acesso universal e igualitário aos serviços necessários para tanto.

O art. 197 reconhece a relevância pública do direito a saúde, cuja regulamentação, fiscalização e controle deve ser feita pelo Poder público, tendo

⁵ STF, RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000.

sua execução feita diretamente ou através de terceiros, além de pessoa física ou jurídica de direito privado.

O art. 198 estrutura o Sistema Único de Saúde (SUS), de forma regionalizada e hierarquizada. O art. 199 proporciona que empresas privadas possam participar, de forma complementar, do sistema único de saúde. O art. 200, por fim, descreve as atribuições do SUS.

Através desses dispositivos legais, mais notadamente os arts. 6º e 196, pela primeira vez uma constituição brasileira passou reconhecer a saúde como um direito fundamental social, cuja aplicação prática necessita de políticas públicas para tanto.

Sendo um direito fundamental de cunho social, a saúde é um dos meios através dos quais a Constituição Federal se baliza para mitigar as desigualdades sociais, visando a concretização da dignidade da pessoa humana.

O destaque dado pela Constituição Federal ao direito à saúde é flagrante, a ponto de ser dedicado um capítulo inteiro para tratar do tema.

Os direitos sociais e, conseqüentemente, o direito fundamental à saúde, possuem duas dimensões: negativa e positiva. A primeira consiste na proteção da saúde, bem como na proteção contra qualquer ameaça a este direito. Já a segunda coloca o direito à saúde como um direito a prestações, onde o Estado ou os particulares por ele outorgados realizam condutas visando a garantia desse direito.

Ainda no tocante a dimensão positiva, o direito à saúde encontra-se dentro de dois prismas: o amplo e o restrito.

Sobre isso, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008): esclarecem que:

Em sentido amplo abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém.

O direito à saúde, portanto, é essencial para que se efetivem direitos, tendo em vista se tratar de um direito fundamental, e é através dele que é possível a coexistência com outros direitos como o direito à vida, liberdade, entre outros.

2.5. DOS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

Cláusulas pétreas, são, grosso modo, limitações contidas dentro do texto constitucional que limitam o poder de reformá-lo. As normas constitucionais que têm esse status só podem ser modificadas visando aumentar seu alcance ou abrangência, nunca para restringi-la. Elas visam assegurar a integridade de uma constituição, de modo a evitar que possíveis reformas provoquem seu enfraquecimento (REZENDE, 2006, p. 65).

Na Constituição Federal, as cláusulas pétreas encontram-se descritas no § 4º de seu art. 60, sendo elas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

No que trata dos direitos e garantias individuais, ainda gera muita controvérsia se os direitos sociais são fundamentais ou não, pois esse reconhecimento isso implicaria em atribuir-lhes a condição de cláusulas pétreas. Isso se deve muito ao fato da proteção aos direitos sociais encontrar-se expressa no preâmbulo da Constituição Federal, mas não haver essa indicação de forma

explícita no dispositivo legal objeto destas considerações. Além disso, os direitos e garantias fundamentais a que se referem o inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal estão alicerçados no art. 5º, ao passo que os direitos sociais estão elencados nos art. 6º a 11. Numa interpretação literal da norma, aos direitos sociais, em tese, não se poderia aplicar a condição de cláusula pétrea.

Entretanto, conforme já visto no presente estudo, os direitos sociais representam uma das várias dimensões dos direitos fundamentais, estando neles contidos, sendo impossível não se atribuir a ambos mesmo o status. Há, portanto, entre os direitos fundamentais e sociais uma relação gênero x espécie, de modo que é impossível desvincular esses direitos sem descaracterizá-los.

Nei Gomes Garcia (2002) corrobora esse raciocínio ao dispor que, mesmo se interpretando a expressão “direitos e garantias fundamentais” de forma que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º pudessem ser considerados cláusulas pétreas, há uma dificuldade de se diferenciar direito fundamental de social, uma vez que estes são individuais em sua origem.

Com base nessas premissas, a maior parte da reconhece essa ligação. Para Rodrigo Brandão (2008, p.461), A Constituição Federal atribuiu a condição de cláusulas pétreas tanto os direitos fundamentais de primeira dimensão quanto os de segunda e terceira – dos quais fazem parte os direitos sociais -, independente destes serem de defesa ou prestacionais, uma vez que tanto a proteção dos direitos fundamentais, seja quanto a aplicabilidade imediata de suas normas, seja na sua proteção reforçada quanto a ação erosiva do constituinte-reformador, são marcadas pela unicidade. Desta forma, não há hierarquia entre os direitos de defesa e prestacionais, bem como entre direitos de dimensões distintas.

Já Vicente de Paula Barreto (2003, p. 118) declara que, ao elencar os valores supremos do estado democrático de direito, incluiu em seu bojo os

direitos sociais, o que os alçam à mesma categoria dos direitos civis e políticos, havendo entre eles relações de igualdade.

Além da Doutrina, o próprio STF reconhece nos direitos sociais a condição de cláusula pétrea. Segundo o Ministro Celso de Melo (1993)⁶ quanto ao estabelecimento de direitos e garantias individuais, o rol previsto no art. 5º não é exaustivo, uma vez que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal expressam claramente que os direitos e garantias nela constantes não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Assim, ainda que essa questão continue sendo objeto de debates, há um entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial no sentido da condição de cláusula pétrea ser atribuída aos direitos sociais

⁶ STF, Serviço de Jurisprudência, DJ 17/12/1993, ementário nº 1730-10 STF.

3. DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À SAÚDE

3.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria do mínimo existencial parte da premissa que o ser humano necessita de condições mínimas de existência de modo a poder viver de forma digna. Baseado nisso, a dignidade humana, bem como suas condições de existência não podem retroceder “aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser provados” (TORRES, 1989, p. 29).

Ingo Wolfgang Sarlet (2015), define a referida teoria como um conjunto de prestações que garantam a todos uma vida digna, ressaltando que o Estado deve prestar o devido auxílio a todos que não tiverem condições de proverem o próprio sustento.

O mínimo existencial abrange qualquer direito, como o direito à saúde e a educação, ainda que não seja classificado constitucionalmente como fundamental. Assim, esta teoria tem uma relação bastante próxima com as questões envolvendo a caridade e o combate à pobreza, embora não se confunda com esses dois aspectos, mais ligados à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza.

Diante disso, John Rawls (2000, p. 47) tece interessantes considerações. Apesar do mínimo existencial não se confundir com a ideia de justiça, Rawls aponta a profunda relação entre os dois. A visão que ele tem de justiça tem ligação com a equidade, de modo a se alcançar uma sociedade organizada e, acima de tudo, justa para com seus cidadãos, através da garantia de direitos e liberdades fundamentais.

Desta forma, ele criou dois princípios de modo a nortear como o Poder público deve colocar em prática os valores de liberdade e igualdade. O primeiro princípio elaborado por Rawls diz respeito a liberdade, denotando que todas as pessoas devem ter garantido seu pleno acesso a um conjunto de direitos e liberdades básicas. Já o segundo princípio trata da igualdade, determinando que as disparidades sociais e econômicas precisam obedecer a duas premissas: devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos mediante igualdade de oportunidades e devem proporcionar à população os benefícios possíveis aos seus membros mais desfavorecidos. Este segundo princípio costuma ser chamada pela doutrina de princípio da diferença.

Ives Gandra Martins (2008), reconhece que o ordenamento jurídico é incapaz de solucionar as desigualdades sociais, dada as diferentes aptidões, intelecto e qualidades naturais dos indivíduos, cabendo apenas mitigar essas disparidades proporcionando iguais oportunidades a todos, respeitando as características individuais de cada um.

Uma vez que a Teoria do mínimo existencial consiste nas condições essenciais que o ser humano deve poder usufruir para ter uma vida digna, é possível perceber que o princípio da diferença de Rawls delimita essa teoria, personificando essas “condições essenciais” como sendo a igualdade de oportunidades e amparo aos menos favorecidos. Assim, levando em com as teses de John Rawls, o mínimo existencial está intimamente relacionado com a ideia de justiça e a dignidade humana caminha em paralelo com os princípios por ele elaborados.

A ideia acerca do mínimo existencial vem sendo fomentada desde a antiguidade clássica, onde se desenvolveu o conceito de que o Estado tem o dever de garantir a qualidade de vida de seus cidadãos.

De acordo com Ricardo Lobo Torres (1989. p. 31), a assistência aos mais necessitados era tarefa da Igreja, que o fazia através da arrecadação de dízimos. Com a mudança para o absolutismo esclarecido, essa responsabilidade passou a ser do Estado.

Essa ideia, entretanto, só é colocada de fato em prática a partir da evolução dos direitos fundamentais, através do pressuposto da dignidade humana, cuja tentativa de conceituação é desafiadora, por tratar de questões de cunho filosófico, cultural, político e histórico.

Desta forma, o mínimo existencial pode ser notado na confluência dos direitos fundamentais com as questões acima citadas, uma vez que direitos como a saúde, alimentação e educação, embora não sejam fundamentais na sua origem, podem ser tidos como tal, uma vez que estes são requisitos mínimos para a sobrevivência humana.

Levando esses fatores em conta, é possível estabelecer que o cerne da dignidade humana é preservar os direitos inerentes aos seres humanos e no pleno respeito aos mesmos.

A dignidade humana foi amparada legalmente pela primeira vez na constituição francesa de 1793, sendo posteriormente adotada no Brasil na constituição imperial de 1824.

Ela se encontra presente na atual Constituição Federal, mais notadamente no art. 5º e seus incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso) etc.

Além de estar devidamente amparada juridicamente, ela é, acima de tudo, um ideal, um objetivo a ser perseguido e conquistado. Essa busca por dignidade humana é tema recorrente na música popular brasileira, mas poucas tratam da relação intrínseca desta com o mínimo existencial de forma tão direta e objetiva como os versos de Arnaldo Antunes, Marcelo Fromer e Sérgio Britto (1987):

Bebida é água.
Comida é pasto.
Você tem sede de que?
Você tem fome de que?
A gente não quer só comida,
A gente quer comida, diversão e arte.
A gente não quer só comida,
A gente quer saída para qualquer parte.
A gente não quer só comida,
A gente quer bebida, diversão, balé.
A gente não quer só comida,
A gente quer a vida como a vida quer.

Bebida é água.
Comida é pasto.
Você tem sede de que?
Você tem fome de que?
A gente não quer só comer,
A gente quer comer e quer fazer amor.
A gente não quer só comer,
A gente quer prazer pra aliviar a dor.
A gente não quer só dinheiro,
A gente quer dinheiro e felicidade.
A gente não quer só dinheiro,
A gente quer inteiro e não pela metade.

A referida letra mostra a busca não só por condições mínimas de existência, mas também por uma vida digna, bem como que esse direito deve ser aplicado a todos.

3.1.1. TEORIA DOS QUATRO STATUS DE JELLINEK

Para uma melhor compreensão do mínimo existencial, é importante abordar a teoria dos quatro status, elaborada pelo alemão Georg Jellinek, pois a partir dela é possível traçar a ligação dos direitos fundamentais com o mínimo existencial.

Esta teoria indica quatro posições que alguém pode ter diante do Estado. Qualquer indivíduo, por fazer parte de uma sociedade, está vinculado ao Estado por meio de quatro status distintos: passivo, negativo, ativo e positivo.

Esses status, ou “posições jurídicas abstratas”, de acordo com Robert Alexy, mostram as posições que o Estado pode ocupar e relação ao indivíduo,

possibilitando entender as formas de efetivação dos direitos fundamentais. Desta forma, é possível classificá-los a partir da relação que o Estado tem com o indivíduo a depender do contexto em que esta se dá.

Robert Alexy (2008, p. 254) explica a importância dessa teoria para a classificação dos direitos fundamentais não apenas por sua dimensão histórica, mas também como um exemplo de construção jurídica, conceitual e teórica, além de base para classificação de direitos fundamentais.

Diante dessa premissa, surgiram as espécies de direitos fundamentais mais abordadas pelos juristas: os direitos de liberdade ou de defesa, os direitos a prestações ou cívicos e, de acordo com alguns estudiosos, os direitos de participação.

No status passivo, ou *status subjectionis*, o cidadão se encontra em posição de subordinação perante os poderes públicos, tendo com eles deveres a serem cumpridos e estando submetidos às suas determinações. Este status é típico de um Estado absolutista ou ditaduras.

O status negativo, também conhecido por *status libertatis* ou *status negativus*, mostra a liberdade do indivíduo em relação ao Estado, podendo agir independente deste, como no direito à liberdade de expressão. Assim uma vez que todo indivíduo é dotado de personalidade, a ele cabe uma parcela de liberdade imune à intervenção estatal, desde que ela seja exercida dentro dos ditames constitucionais. Esse status pode ser percebido nos estados liberais.

O status ativo, ou *status activus civitatis*, é onde o indivíduo é capaz de exercer seus direitos políticos, influenciando diretamente na vontade do Estado, através do voto. Este status é encontrado em estados democráticos.

Já no status positivo, também denominado *status civitatis* ou *status positivus*, o indivíduo pode exigir do Estado alguma prestação, devendo este providenciar os meios necessários para que esta providência seja efetivada,

como a possibilidade de alguém requerer junto aos poderes públicos o direito à saúde. Este status é encontrado nos estados sociais.

É possível perceber, portanto, que, sob a perspectiva dos status negativo e positivo, é possibilitado ao indivíduo a liberdade de exigir junto ao Estado as providências necessárias que tenha não só condições mínimas de existência como também que esta possa ser exercida com dignidade.

3.1.2. O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A teoria do mínimo existencial não consta de forma expressa no texto da Constituição Federal, embora seu preâmbulo, ao consagrar o Estado Democrático de Direito, assegura como valores essenciais os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Além disso, é possível perceber essa teoria em vários dispositivos legais da Constituição Federal, como no art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade da pessoa humana, além do *caput* do art. 170, onde a ordem econômica tem o objetivo de assegurar existência digna a todos, bem como que o inciso III do art. 3º estabelece como um dos objetivos essenciais do país a erradicação da pobreza.

A partir da Constituição Federal, principalmente por meio do STF, mais notadamente a partir do início do século XXI, a teoria do mínimo existencial tem sido frequentemente utilizada para como uma base de sustentação para os direitos fundamentais e sociais.

Para Ricardo Lobo Torres (1989. p. 31-33), o fundamento do direito ao mínimo existencial está nas condições para o exercício da liberdade. Segundo ele, o mínimo existencial manifesta as características basilares dos direitos de liberdade, sendo pré-constitucional, por ser inerente à pessoa humana, direito

público subjetivo do cidadão, não advindo da ordem jurídica, mas sendo por ela condicionado e tendo validade *erga omnes*, não estando limitado ao art. 5º da Constituição Federal e dotado de historicidade, conforme o contexto social a que é imposto, além de ser indefinível, manifestando-se através de cláusulas gerais e tipos indeterminado.

Robert Alexy (2008, p. 503-504) complementa esse raciocínio ao dispor que:

O principal argumento a favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento baseado na liberdade. Seu ponto de partida são duas teses. A primeira sustenta que a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor em uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas pretendidas.

(...)

A segunda tese defende que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um 'espaço vital por eles controlado'; ela depende, sobretudo, de atividades estatais.

Assim, o direito de liberdade constitui-se na fonte essencial para o exercício do mínimo existencial, pois pode significar tanto a autodeterminação do indivíduo, permitindo-lhe agir sem que esteja subordinado aos ditames do Estado, quanto a possibilidade deste usufruir de suas prestações, uma vez que os direitos fundamentais essenciais para o exercício dessa liberdade só podem ser garantidos mediante serviços públicos de qualidade.

Desta forma, a proteção estatal tem por objeto assegurar as condições de liberdade, de modo a garantir o mínimo existencial, tendo caráter obrigatório no tocante a entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos. Esta proteção, entretanto, não deve ser confundida com a proteção dos direitos sociais, uma vez que, a despeito da sua importância para a proteção da parcela mais fraca da sociedade, ela depende, dentre outros fatores, da situação econômica do Estado, pois sua abrangência é diretamente proporcional à sua riqueza e estabilidade, ficando, portanto, sujeita a reserva do possível.

Diante disso, Ricardo Lobo Torres (1989. p. 41) entende que há uma diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos sociais, criticando a colocação de ambos em um mesmo patamar. Isso ocorre porque, enquanto alguns direitos fundamentais necessitam de lei ordinária que os respaldem, embora existam aqueles de aplicação imediata, os direitos sociais dependem fundamentalmente da concessão do legislador, visando apenas orientar o legislador, não tendo eficácia vinculante.

Conforme já visto anteriormente, o mínimo existencial consiste naquelas condições essenciais que visam proporcionar o ser humano uma vida digna, sendo o direito à saúde uma dessas condições, uma vez que é pressuposto do próprio direito a vida. O próprio art. 196 da Constituição Federal faz essa relação, ao determinar que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Assim sendo, é impossível desvincular o direito a saúde como pressuposto de uma vida digna

O direito à saúde como parte do conjunto de prerrogativas formadoras do mínimo existencial é reconhecido jurisprudencialmente pelo STF, ressaltando ainda sua finalidade de garantir à população o direito geral de liberdade, além das prestações positivas do Estado, o que viabiliza o acesso aos direitos sociais.⁷

Desta forma, o mínimo existencial no tocante ao direito à saúde se traduz justamente nas políticas públicas e sociais previstas no art. 196 da Constituição Federal, como a realização de exames, atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, dentre outros meios que não só reduzam o risco de doenças como também proporcionem os meios para realização de ações preventivas.

3.2. LIMITES À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

⁷ STF, ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.

A atual Constituição Federal foi a primeira das sete que o Brasil teve que consagrou em seu texto os direitos sociais. Eles se encontram na Constituição Federal no título “Dos direitos e garantias fundamentais”, mais precisamente nos artigos 6º a 11.

O art. 6º enumera expressamente quais são os direitos sociais protegidos: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

De acordo com Norberto Bobbio (2004, p. 36), os direitos sociais podem ser divididos em dois grupos: os direitos de defesa e os direitos prestacionais. Os primeiros, como o próprio nome diz, tratam da defesa dizem respeito à defesa da liberdade do indivíduo em face do Estado, onde este adota uma conduta negativa, ou seja, de abstenção. Já sua contraparte tem como fim a conduta positiva do Estado, traduzida em prestação de natureza fática, jurídica e material, de modo a exigir uma atuação do Estado no tocante a aspectos econômicos e sociais.

O fato de ser parte integrante do rol de direitos fundamentais, portanto, é o suficiente para os direitos sociais terem sua fundamentalidade reconhecida. No tocante ao direito à saúde, esse status é devidamente reconhecido pelo STF, quando declara que ele é “positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental.”⁸

Entretanto, há ainda grande controvérsia acerca da inclusão dos direitos sociais na qualidade de cláusulas pétreas. § 4º do art. 60 da Constituição Federal delimita as quais de seus aspectos não podem de forma alguma serem modificados ou excluídos. Nesta lista, em seu inciso IV, constam os direitos e as garantias individuais.

⁸ STF, ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.

Em tese, estariam abrangidos por este dispositivo legal apenas o art. 5º da Constituição Federal, ficando de fora desse rol os direitos sociais. Entretanto, a doutrina majoritária entende que a condição de cláusula pétrea pode ser estendida aos direitos sociais, independentemente deste ser de defesa ou prestacional. Isso se dá devido a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais prevista no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, na qual os direitos sociais estão incluídos, bem como na ausência de hierarquia entre os direitos de defesa e prestacionais, ou seja, não há no texto constitucional uma prevalência de direitos de uma dimensão em relação aos demais e sim uma relação simbiótica entre eles. Além disso, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, deixa claro que o Estado Democrático de Direito por ela defendido deixa claro que os direitos sociais são fundamentais para que esse objetivo seja atingido.

O STF, apesar de nunca ter deixado explícito que todas as dimensões dos direitos fundamentais são cláusulas pétreas, já deu indícios que é bastante receptível a essa tese.⁹ Assim, a condição dos direitos sociais como cláusulas pétreas, ainda que de forma implícita, é reconhecida em nosso ordenamento jurídico.

Uma vez esclarecido isso, há que se tratar de um ponto fundamental acerca dos direitos sociais. De acordo com Milton Friedman (, p. 14):

Ao desenvolver-se em fins do século XVIII e princípios do século XIX, o movimento intelectual que tomou o nome de liberalismo enfatizava a liberdade como o objetivo último e o indivíduo como a entidade principal da sociedade. O movimento apoiou o *laissez-faire* internamente como uma forma de reduzir o papel do Estado nos assuntos econômicos ampliando assim o papel do indivíduo; e apoiou o mercado livre no exterior como um modo de unir as nações do mundo pacífica e democraticamente. No terreno político, apoiou o desenvolvimento do governo representativo e das instituições parlamentares, a redução do poder arbitrário do Estado e a proteção das liberdades civis dos indivíduos.

Dessa forma, Friedman via na proteção à liberdade como a principal função do Estado. Tendo isso como premissa, uma vez que ela é inerente à

⁹ STF, ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994.

condição humana, a liberdade não acarreta qualquer custo ao erário público, não tendo maiores consequências orçamentárias.

Entretanto, a situação se inverte quando se trata de direitos sociais. Para que eles sejam postos em prática e beneficiem todos os cidadãos, é necessária a intervenção estatal para tanto, e isso gera custos, que são arcados por toda a sociedade através do recolhimento de tributos.

Roberto Campos (2018) tinha sérias ressalvas sobre a inclusão dos direitos sociais no texto constitucional. Para ele, a Constituição Federal obrigou o Estado a solucionar todos os problemas sociais do país sem levar em conta que isso só pode ser feito através da cobrança de impostos, que, em tese, deveriam ser aplicados de forma racional.

Essa forma racional mencionada por Campos encontra eco na teoria da reserva do possível e no estudo acerca do custo dos direitos. Levando essas duas premissas em conta, é possível perceber que, ao querer prover direitos sociais aos cidadãos sem se preocupar como isso seria colocado em prática, ou seja, quem arcaria com o custo financeiro disso, o constituinte criou expectativas difíceis de serem cumpridas.

3.3. DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Para que um direito seja tido como fundamental, ele deve constar expressamente no texto constitucional. Desta forma, uma vez que os direitos sociais são reconhecidos no preâmbulo da Constituição Federal e o direito à saúde é descrito como tal em seu art. 6º, não há que se discutir a sua inclusão no rol dos direitos fundamentais.

Como se todas as justificativas anteriores não bastassem, ao Direito à saúde foi dedicado um capítulo próprio na Constituição Federal, correspondente aos seus arts. 196 a 200, dada a sua importância.

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 130-131), o direito à saúde, no tocante a sua fundamentalidade tem caráter tanto formal quanto material. O aspecto material diz respeito a relevância da saúde como um requisito essencial para a manutenção da vida com dignidade. Já o aspecto formal trata da positivação deste direito no texto constitucional, que se desdobra em três elementos. O primeiro deles trata do fato do direito à saúde, na qualidade de direito fundamental, estar em posição hierárquica máxima no ordenamento jurídico. O segundo elemento trata da submissão deste direito aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (“cláusulas pétreas”). Por fim, o terceiro elemento trata da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais - com o direito à saúde incluso -, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares.

A Constituição Federal, portanto, enxerga na saúde um aspecto simbiótico ao próprio direito à vida, em especial no que tange a qualidade desta última. Entretanto, mesmo que não haja dúvidas acerca da fundamentalidade do direito à saúde, o mesmo não pode ser dito a respeito de seus efeitos práticos e suas limitações.

3.3.1. DA ÓTICA CONSTITUCIONAL

O direito saúde foi consagrado na constituição Federal no art. 6º, mas foi regulado nos arts. 196 a 200. A importância dada a esse direito foi tamanha que nossa Lei Maior dedicou à ele capítulo próprio. Enquanto o art. 6º define a saúde como um direito fundamental, o art. 196 delimita seu alcance e abrangência, como sendo um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas com a finalidade de reduzir os riscos de doenças possibilitar o acesso a seu tratamento e recuperação.

É possível perceber aqui que a Constituição Federal outorga ao direito à saúde tanto um aspecto protetivo quanto preventivo. O primeiro aspecto trata-se de um direito do cidadão se tratar e de se recuperar de determinada enfermidade ou moléstia. Já o segundo aspecto diz respeito às políticas adotadas pelo Estado para mitigar os riscos de contágio de determinadas doenças.

O STF dá ao direito à saúde o status de norma supralegal, ou seja, ainda que esteja abaixo da Constituição Federal, tem hierarquia superior às leis ordinárias.¹⁰ A Suprema Corte sintetiza esse entendimento declarando que o direito à saúde “é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.”¹¹

O entendimento acima, portanto, ratifica o posicionamento constitucional acerca do tema, realçando seu caráter universal.

O art. 197 determina que cabe ao Estado ações de regulamentação, fiscalização e controle acerca do direito à saúde, mas podendo ser exercidas diretamente ou por terceiros, inclusive por pessoa física ou jurídica de direito privado. Dessa forma, o presente dispositivo legal mostra como os arts. 6º e 196 devem ser colocados em prática, vinculando o Poder público a sua concretização, além de permitir a atuação de pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

É possível, portanto, a parceria entre o Estado e entidades privadas visando prover o acesso à saúde. Entretanto, essa parceria deve ser regulada por lei específica dentro da sua área de atuação, seja ela Federal, Estadual ou Municipal.

O STF, todavia, coloca limites a essa parceria no tocante à iniciativa ao determinar que “a prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de

¹⁰ STF, ADI 3.937 MC, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ayres Britto, j. 4-6-2008, P, DJE de 10-10-2008.

¹¹ STF, AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010.

economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro.”¹²

Enquanto o art. 196 da Constituição Federal define o alcance e a abrangência do direito à saúde, o art. 197 determina como isso deve se dar. Tendo isso em vista, o art. 198 determina como o Estado deve pôr em prática o direito à saúde, devendo isso ser feito através de uma rede regionalizada e hierarquizada a qual foi batizada de Sistema Único de Saúde - SUS.

O SUS é regulado pela Lei nº 8.080/1990, onde em seu art. 4º, está disposto que ele é mantido pelo “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”.

O STF trata responsabilidade do Estado perante o SUS, ao dispor que cabe ao Estado “proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O SUS torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”¹³

O dispositivo acima é autoexplicativo, percebendo-se nele o caráter amplo do dever estatal de garantir o acesso à saúde.

Ao passo que o artigo anterior determinava como o Estado deveria prover o acesso à saúde, o art. 199. traça as diretrizes básicas sobre como a iniciativa privada pode prover o acesso à saúde. Quanto a isso, o § 1º deste mesmo artigo dispõe expressamente que isso deve ser feito de forma complementar ao Sistema Único de Saúde.

A Lei 8.080/1990 regula essa questão, determinando, no parágrafo único de seu art. 24 que “a participação complementar dos serviços privados será

¹² STF, RE 580.264, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 16-12-2010, P, DJE de 6-10-2011, Tema 115.

¹³ STF, RE 195.192, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-2-2000, 2ª T, DJ de 31-3-2000.

formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”.

Desta forma, o papel da iniciativa privada no direito à saúde é restrita a situações onde os recursos do Estado são insuficientes para assegurar um esse acesso à população.

O STF trata da questão determinando que o cidadão pode se utilizar tanto do serviço público de saúde quanto daquele proporcionado por entidades privadas, não havendo ofensa à Constituição Federal nesse sentido.¹⁴

É permitido, portanto, no ordenamento jurídico pátrio, o uso concomitante tanto do SUS quanto dos serviços proporcionados pela iniciativa privada visando prover o direito à saúde.

O art. 200, por fim, trata das atribuições do SUS. Elas não são taxativas nem exaustivas, podendo serem ampliadas através de lei. Além disso, as atribuições descritas no referido artigo igualmente, dependem de regulamentação legal para serem postas em prática

3.3.2. PRINCÍPIOS BÁSICOS

Em relação aos demais direitos sociais, o Direito à saúde ganha especial destaque, uma vez que, além de ter sido definido com tal no art. 6º da Constituição Federal, ganhou capítulo próprio no texto constitucional, uma vez que, por estar diretamente relacionado com o direito à vida, acarreta a proteção à dignidade humana, o que lhe dá uma proteção jurídica diferenciada

¹⁴ STF, RE 516.671 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 1º-6-2010, 1ª T, DJE de 6-8-2010.

Diante disso, o direito à saúde é norteado por três princípios específicos que norteiam sua aplicação em território nacional: universalidade, integralidade e gratuidade.

O princípio da universalidade consiste que o acesso à saúde de alcançar a todas as pessoas, independente de quaisquer características que as diferencie. Este princípio é alicerçado no art. 196 da Constituição Federal, em especial na parte onde há o dever do Estado de prover esse direito, não estando ele mais restrito àqueles segurados junto a previdência social ou os atendidos na rede privada.

Desta forma, o Estado é obrigado a promover junto a seus cidadãos a possibilidade de usufruir de todos os serviços de saúde disponíveis através de políticas públicas elaboradas para tal intento.

A Lei 8.090/1990, no inciso II de seu art. 7º define a integralidade como o “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

O princípio da integralidade tem sua base sedimentada no inciso II do art. 198 da Constituição Federal, onde constam os seguintes dizeres:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Desta forma, este princípio impõe que o Poder Público deve promover esforços para que o cidadão tenha sua saúde protegida diante de todas as situações possíveis, por todos os meios necessários, de modo que o maior número de pessoas possam ter suas demandas relativas a saúde atendidas no combate a moléstias que porventura venham lhes atingir.

O princípio da Gratuidade tem por base o art. 196 da Constituição Federal no tocante ao direito à saúde ser direito de todos. Tendo isso em mente, o Estado deve se organizar seu orçamento de modo a garantir o acesso a seus cidadãos aos tratamentos de saúde sem cobrar por isso. Essa gratuidade só se tornou possível com a Lei nº 6.080/1990, que criou o Sistema único de Saúde – SUS.

A proibição a cobrança pelo acesso à saúde por parte do Estado trata tanto dos serviços médicos quanto da internação e equipamentos utilizados. A gratuidade não exime o Poder Público de fornecer o serviço de saúde adequado, sendo que ela é relativa, pois só é possível através do pagamento de impostos por parte do contribuinte.

3.3.3. LIMITES À EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que o direito à saúde é basilar no tocante aos direitos sociais, uma vez que, sem ele, os demais direitos sociais não têm como serem efetivados no tocante aos aspectos jurídicos-sociais.

Dessa forma, ainda que os direitos à saúde não sejam de caráter absoluto, principalmente em caso de colisão com outros direitos sociais, suas características de universalidade, integralidade e gratuidade obrigam o Estado a tomar todas as medidas necessárias para que esse direito seja concretizado. Quanto a isso, Vítor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 77), expõe que “dada a sua importância, os direitos sociais não podem ser vistos como inaplicáveis e sem efetividade, sob pena de se desacreditar a própria ordem constitucional vigente.”

Entretanto, não é isso que se vê na prática. Seja por inépcia ou falta de capacidade orçamentária, o Estado brasileiro não consegue fazer cumprir a Constituição federal e prover a seus cidadãos acesso à condições de saúde minimamente dignas, privando-o, conseqüentemente, de um dos requisitos básicos que integram o mínimo existencial. Isso é muito grave, pois faz com que

o objetivo deste e dos demais direitos sociais não se cumpra, que é garantir à população o mínimo de condições para que ela possa viver com dignidade.

Desta forma, o simples fato desses direitos estarem previstos na Constituição Federal sem que sejam proporcionados os meios para que eles sejam colocados em prática comprometem a razão de seu texto, minando-lhe a credibilidade perante os cidadãos.

Essa transposição prática dos direitos sociais, em especial o da saúde, encontra um grande empecilho na medida em que são adotadas no país teses estrangeiras, como a reserva do possível o custo dos direitos, cuja aplicação, além de restar prejudicada devido à natureza no nosso texto constitucional, ainda é feita de forma equivocada, vilipendiando seu sentido original, pois condicionam os direitos sociais à capacidade orçamentária do Estado.

Essa visão equivocada se choca especialmente com o direito à saúde, diante do fato que é impossível restringi-lo tendo por base os cofres públicos quando nossa lei maior determina expressamente que ela é direito de todos e dever do Estado. Isso, aliado ao fato do direito à saúde ser universal, integral e gratuito, deixa engessada quaisquer mudanças que possam ser feitas no acesso a esse direito.

4. O CUSTO DOS DIREITOS

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Stephen Holmes e Cass Sustein são naturais dos Estados Unidos e são professores universitários e atualmente lecionam na Universidade de Nova York e na Escola de Direito de Harvard, respectivamente.

Ambos são autores da obra “O Custos dos Direitos”, onde defendem, em suma, que todo e qualquer direito, para gerar efeitos, deve ser devidamente amparados por meio do pagamento de impostos pelo contribuinte, e a sociedade, por sua vez, só aceita essa imposição se for recompensada mediante um sentimento de vantagem mútua.

Holmes e Sustein (2019), fundamentam sua tese baseados no fato de que a esfera privada é criada e sustentada pela ação pública, de modo que, mesmo o cidadão plenamente independente é exigido que cuide de seu bem-estar sem o devido apoio das autoridades públicas.

Com base nessas premissas, os autores procuram demonstrar, portanto, que todos os direitos necessitam de algum tipo de intervenção estatal, sendo, portanto, positivos. Eles ainda afirmam que tendo um Estado vieses democráticos e embasado por uma constituição, ele é de fundamental importância para utilizar os recursos públicos de modo a resolver os problemas da comunidade que ele rege à medida que eles surgem.

Em complementação à linha de raciocínio desenvolvida, Flávio Galdino (2002, p. 184), expõe a inexistência de direitos ou liberdades privadas por parte dos estudiosos estadunidenses, de modo que, segundo eles, todo e qualquer direito ou liberdade depende de instituições públicas para sua plena concretização.

Entretanto, em relação ao objeto deste estudo, a obra de Holmes e Sustain tem elementos a serem considerados. Flávio Galdino (2002, p. 184) aponta como falha desse estudo o fato dele tratar de demandas envolvendo a realidade estadunidense, afirmando que “o localismo leva os autores a um certo isolacionismo cultural e mesmo material, desprezando-se considerações de direito comparado ou mesmo de direito estrangeiro e a própria experiência externa.”

Contudo, as questões tratadas nesse estudo são preocupações inerentes às sociedades modernas, sobretudo as democráticas. Daí a sua relevância, pois mesmo de uma perspectiva local, ela consegue dialogar com realidades distintas, possibilitando um estudo comparado com a concepção de direitos em outros países.

Portanto, não é possível desprezar os ensinamentos dos professores estadunidenses, dada a sua abrangência, fazendo-se necessário adaptar os mesmos à realidade brasileira, através da sua relação com os direitos fundamentais e sociais, além de compará-las com as teorias do mínimo existencial e da reserva do possível, de modo a ampliar-lhe o alcance.

4.2 DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Antes de se tratar sobre os custos dos direitos, é de fundamental importância traçar algumas considerações sobre direitos fundamentais positivos e negativos, uma vez que são essenciais para o pleno entendimento dos estudos de Holmes e Sustain.

Gagliano e Pamplona (2012, p. 42), colocam a conceituação de direito como sendo plurissignificativa. De acordo com os doutrinadores:

Até mesmo a título de esclarecimentos terminológicos, vale registrar algumas dessas utilizações, matéria que é vista, muitas vezes, sob o título de “classificações do direito”, o que não nos parece da melhor

técnica, uma vez que não se trata de “formas diferentes de direito”, mas sim de diversas denotações da mesma palavra.

Assim, quando falamos em direito objetivo, estamos nos referindo à regra imposta ao proceder humano (*jus est norma agendi*). Trata-se, portanto, da norma de comportamento a que a pessoa deve se submeter, preceito esse que, caso descumprido, deve impor, pelo sistema, a aplicação de uma sanção institucionalizada. Por exemplo, respeitar as normas de trânsito é um direito objetivo imposto ao indivíduo.

Já a expressão direito subjetivo designa a possibilidade ou faculdade individual de agir de acordo com o direito (*jus est facultas agendi*). Nela estão envolvidas as prerrogativas de que um indivíduo é titular, obtendo certos efeitos jurídicos, em virtude da norma estabelecida. Por exemplo, o direito subjetivo de propriedade gera as prerrogativas de usar, gozar e dispor do bem, o que se enquadra no conceito mencionado.

É possível concluir, em poucas palavras, portanto, que o direito objetivo diz respeito da norma propriamente dita, ao passo que o direito subjetivo trata do poder que o indivíduo tem que exigir seus direitos individuais.

Segundo Flávio Galdino (2002, p. 142-143), o direito subjetivo igualmente comporta diversos significados, com destaque para aqueles que ligam o direito subjetivo ao poder de vontade do respectivo titular, e aquelas que o ligam simplesmente ao interesse do titular e, com a conjugação desses dois tipos de significados, criou-se a teoria mista ou eclética, que vem a ser “um interesse juridicamente protegido e que atribui ao respectivo titular o poder de querer algo.” Ainda assim, o conceito de direito subjetivo é objeto de constante aprimoramento. Diante dessa fluidez, é possível dar destaque a teoria dos quatro status de Jellinek anteriormente abordada. Nela, é possível dividir os direitos individuais no tocante a sua relação com o Estado em quatro status: passivo, negativo, positivo e o ativo.

Assim, é possível perceber que a ideia de direito subjetivo tem um forte viés público, caracterizado de forma contraditória, pois, ao mesmo tempo em que o indivíduo pode exercer seus direitos perante o Estado, este igualmente deve garantir que esses direitos sejam respeitados.

Dentre as categorias de direitos subjetivos, é possível destacar os direitos fundamentais, que, tomando Jellinek por base, é possível dividir em direitos

fundamentais positivos e negativos, a partir da necessidade ou não de prestação positiva pelo Estado para a sua concretização.

Desta forma, o direito fundamental positivo exige uma atuação por parte do Estado para que possa ser devidamente usufruído, ao passo que o negativo depende apenas da vontade individual para ser posto em prática, sem necessidade de intervenção estatal.

Holmes e Sustain, entretanto, tem uma visão diferente. Para eles, uma vez que, em maior ou menor grau, todos os direitos exigem uma atuação direta do Estado para a sua concretização, conclui-se que todos eles são positivos. De acordo com os autores, sendo o Estado estruturado por uma constituição e sujeito às forças democráticas, ele se torna indispensável para canalizar seus recursos providos pelos cidadãos, aplicando-os em questões pontuais a medida que elas surjam. Concluem eles que os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos e garantidos sem o devido financiamento público.

Percebe-se, portanto, que, segundo os autores, os direitos liberdades privadas caracterizadas pelo direito negativo não existem, uma vez que qualquer direito, para seu pleno exercício, depende do poder público para ser efetivado. Eles concluem sua linha de raciocínio da seguinte forma:

Os direitos negativos excluem e afastam o Estado; os positivos o incluem e o exigem. Para que existam os primeiros, as autoridades públicas devem se abster de agir; para que existam os segundos, devem intervir ativamente. Os direitos negativos, em regra, protegem a liberdade; os positivos promovem a igualdade. Os primeiros protegem a esfera privada, ao passo que os segundos redistribuem os dólares dos contribuintes. Os primeiros são privativos ou obstrutivos, ao passo que os segundos são caritativos e contributivos. Se os direitos negativos nos protegem do Estado, os positivos nos concedem serviços do Estado. Entre os primeiros incluem-se o direito à propriedade privada, a liberdade contratual e, como é óbvio, o direito de não ser torturado pela polícia; os segundos englobam os vales-alimentação concedidos pelo Estado, os subsídios habitacionais e os programas de renda mínima.

Desta forma, a os autores inovam ao propor um novo prisma sobre o que viria a ser direito subjetivo, a partir da capacidade do Estado de possibilitar a seus cidadãos o pleno exercício de seus direitos.

No Brasil as ideias dos autores estadunidenses ganham importância na medida que são utilizadas pelo Estado, através de suas procuradorias, como justificativa para não garantir algum direito devido sob pena de comprometer seu orçamento, como ocorre com frequência em questões envolvendo direitos sociais, sobretudo a saúde.

4.3. CUSTO DOS DIREITOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como foi visto anteriormente, os direitos fundamentais são todos aqueles devidamente consagrados dentro de uma constituição após seu devido reconhecimento pelo Poder Legislativo.

Josué Mastrodi e Abner Duarte Alves (2016, p. 699), no entanto, tem uma visão mais ampla sobre o tema, ao considerar os direitos fundamentais como o catálogo positivado de direitos humanos em certa ordem jurídica, e que tal incorporação ocorreu devido a “um processo histórico-dialético de correlação de forças dos grupos sociais de determinada sociedade.”

Sob essa premissa, é possível ampliar o significado dos direitos fundamentais não só sob a questão de estarem estes vinculados a uma constituição, mas também por serem a manifestação mais elementar dos valores de uma sociedade em determinado momento histórico.

Entretanto, os direitos fundamentais estão sempre sujeitos à intervenção estatal, o que gera a indagação quanto a possibilidade de restrição dos mesmos e em que medida isso pode ser feito. Em relação a esse tema, a doutrina se divide em duas vertentes, entre os que defendem a teoria interna e aqueles seguidores da teoria externa.

De acordo com a teoria interna, sob a ótica de Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 128), os limites a direitos são impostos é um processo interno, advindo

do próprio direito em si, não se influenciando por questões externas ou por colisões com outros direitos. Assim, dentro dessa visão, os direitos fundamentais têm seu conteúdo jurídico próprio, o que afasta de seu raio de alcance qualquer posição de ultrapasse seus limites. Tais limites são intrínsecos ou imanentes, definidos pela constituição, mas não podem ser classificados como restrições, pois eles não diminuem ou reduzem o âmbito de proteção do direito.

Já na teoria externa segundo Virgílio Afonso de Souza (2017, p. 138), os direitos fundamentais e as restrições a eles seguem caminhos distintos, mas as segundas exercem influência sobre os primeiros no caso concreto, podendo diminuir seu alcance. Sob essa premissa, as restrições aos direitos fundamentais assumem a função de normas, bem como de atos jurídicos de natureza fática, estando submetidos ao controle da constituição.

Esta teoria, acima de tudo, possibilita a atuação do Estado no tocante aos direitos fundamentais, possibilitando se apontar a legitimidade das restrições, devendo elas estarem adequadas aos ditames constitucionais e atenderem a critérios de proporcionalidade.

Holmes e Susteain (2019), todavia, apresentam uma nova premissa sobre o assunto, subvertendo esse entendimento clássico. Para eles, os indivíduos só conseguem gozar de direitos no sentido jurídico quando as injustiças de que são objeto são reparadas pelo Estado de maneira justa e previsível. Dessa forma, a distinção entre direitos negativos e positivos é insuficiente, uma vez que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos. Além disso, garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente. Assim, quase todos os direitos implicam deveres correlativos, e os deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público mediante recurso à fazenda pública.

O que a teoria do custo dos direitos defende, portanto, é que qualquer direito fundamental está sujeito a ausência de recursos públicos, o que pode comprometer seus efeitos. Isso gera um custo para a sua plena efetivação.

Dessa forma, o modelo tradicional onde existe uma primeira dimensão de direitos fundamentais, focada na defesa dos direitos individuais na vedação da intervenção estatal para sua concretização tem sua existência posta em risco.

Por mais que um direito individual esteja, em tese, protegido de uma atuação estatal, este dependerá de alguma forma desse mesmo Estado para poder ser posto em prática e atender à população. O direito à propriedade, sob o ponto de vista dos autores, para atender a todos os cidadãos, precisa do Estado para reconhecer a legalidade da propriedade e garanti-lo de possíveis invasões. Defendem Holmes e Sustain, portanto, que nenhum direito é livre de custos por parte do Estado, estando sujeitos ao seu limitado orçamento.

Uma vez que, segundo Jellinek, os direitos positivos são inerentes aos Estados sociais, estes também podem ser considerados como direitos públicos subjetivos. Para Clarice Seixas Duarte (2004, p. 116), eles , quando aplicada a um direito social, deve ser interpretada de forma ampliada em relação ao momento de seu surgimento, a fim de assegurar a exigibilidade coletiva e não apenas individual, do bem jurídico protegido, devendo seu objeto ser igualmente ampliado visando abranger as políticas públicas.

Assim, da maneira como a atual Constituição Federal aborda a questão dos direitos sociais, em especial no tocante à saúde, ela entra em choque com a teoria dos custos dos direitos. Esta se baseia na capacidade orçamentária do Estado de efetivar esses direitos diante de um ambiente de escassez de recursos, ao passo que a Magna carta garante aos cidadãos brasileiros o acesso integral, universal e gratuito à saúde.

Isso tem gerado controvérsia quanto à utilização das ideias dos estudiosos estadunidenses no ordenamento jurídico pátrio. Diogo Oliveira Muniz Caldas (2018, p. 72) encara essa questão de forma bastante contundente, ao colocar que ao se defender e priorizar a utilização de recursos públicos de acordo com a escolha do Estado, a proteção aos direitos fundamentais será consideravelmente reduzida, deixando desprotegidas uma parcela significativa

de pessoas, de modo que a diminuição da efetividade desses direitos geraria a sua concretização forçosamente, havendo o risco de uso da violência.

Os argumentos acima são contrapostos por Holmes e Sustain ao afirmarem que nenhum poder público que funcione bem é financeiramente independente nem capaz de operar num vácuo orçamentário, dependendo dos impostos pagos pelos contribuintes para disciplinar aqueles que violam os direitos, sejam eles agentes particulares ou públicos, de modo que sem esses recursos, os direitos não podem ser defendidos.

O embate de ideias, portanto pode ser sintetizado na concessão de direitos por parte da Constituição Federal e possibilidade do Estado de colocar isso em prática sem causar rombos em seu orçamento.

4.4. CUSTO DOS DIREITOS E A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Diante das contradições expostas entre os direitos fundamentais e o custo dos direitos, é inevitável que ela também atinja questões envolvendo a teoria do mínimo existencial.

De acordo com Thadeu Weber (2013, p. 198), A Constituição Federal, ao adotar a dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamental, ela, por conseguinte, demanda do Estado não a sua proteção, mas também a garantia que ele será posto em prática perante os cidadãos. Assim, o mínimo existencial está diretamente ligado à realização dos direitos fundamentais e sociais, e dessa ligação vem a dignidade da pessoa humana.

Diogo Oliveira Muniz Caldas (2018, p. 75), expõe que ao construir uma linha de aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, constatou que o princípio da dignidade da pessoa humana é garantidor das liberdades individuais e de um mínimo existencial. Desta forma, segundo ele, deve ser defendido um Estado que tenha como meta a respeitar os direitos sociais, garantindo o

cumprimento efetivo dos mesmos e uma assistência social aos que, por alguma razão, estejam em debilitada situação física ou mental, não conseguindo assim prover seu próprio sustento.

Robert Alexy (2008, p. 500) complementa essa linha de raciocínio ao dar maior destaque à subjetividade do mínimo existencial, definindo-o como a porção dos direitos fundamentais sociais que exigem uma proteção mais intensa, já que ela se refere a normas vinculantes que tratam de direitos prestacionais.

Holmes e Sustain, no entanto, pensam de forma antagônica. Para eles, o Estado é essencial à concretização dos direitos, já que todos eles são positivos. Para isso, ele necessita de recursos financeiros para garantir esses direitos junto a seus cidadãos. Eles concluem, portanto, que os direitos só têm como serem concretizados em situações em que seu orçamento lhe dê condições para isso.

Para os estudiosos estadunidenses, o mínimo existencial se traduz nos custos dos direitos nos recursos essenciais à manutenção da estrutura legal que, por sua vez, tem o poder de viabilizar a concretização desses direitos, sendo tais recursos obtidos diretamente dos cidadãos, através da cobrança de impostos.

Esse ponto de vista é dado sob uma ótica descritiva. Segundo Flávio Galdino (2002, p. 186), isso é feito preferencialmente de forma a explicar os sistemas jurídicos, deixando aspectos morais em segundo plano. A opção dos autores estadunidenses é natural, dada as paixões que o tema desperta.

É possível enxergá-lo de forma objetiva, evitando que preferências pessoais tratem da questão sob uma perspectiva míope, e é exatamente o que ocorre no Brasil. Os custos dos direitos têm sido interpretados no país de forma deturpada, como se o mínimo existencial fosse de uma hora para a outra ser ignorado apenas pelo fato do Estado conceder direitos a depender de seu limite orçamentário.

Numa análise mais profunda, é possível perceber que, apesar da aparente contradição, o mínimo existencial e o custo dos direitos não são assim

tão divergentes. Para os estudiosos estadunidenses, a questão por eles abordada não se trata de proteger alguns direitos em detrimento de outros e abandonar estes últimos a própria sorte, e sim organizar a forma como esse custeio será feito, de modo a alocar recursos proporcionalmente as necessidades da população, dando prevalência a direitos cujo impacto na sociedade é mais urgente.

Isto posto, percebe-se que o mínimo existencial pode conviver harmonicamente com o custo dos direitos. O que os estudos de Holmes e Sustain defendem é que isso seja feito com critério, de modo a não comprometer o orçamento estatal.

Entretanto, levando em conta a Constituição Federal, e no tocante a alguns direitos, em especial o da saúde, não é possível aplicar o custo dos direitos em nosso ordenamento jurídico, dado o caráter absoluto dado ao direito à saúde pela Constituição Federal, ao dotá-lo de que, além de universal, é integral e gratuito.

4.5. CUSTO DOS DIREITOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tanto os custos dos direitos quanto a reserva do possível tratam da relação condicional entre a concessão de direitos por parte do Estado e sua capacidade de garantir os mesmos. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 308), ambos são inseparáveis e estão diretamente conectados com a crise de efetividade vivenciada pelos direitos fundamentais, pois os vinculam com a carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais, pois à medida que se diminuem a disponibilidade de recursos nesse sentido, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, de modo que mecanismos de gestão democrática do orçamento público devem ser aprimorados.

Ainda que seu conteúdo guarde semelhanças entre si, elas divergem quanto à forma, já que a teoria alemã baseia-se em critérios de razoabilidade, ao passo que o estudo estadunidense tem uma visão mais restrita, voltada para a capacidade orçamentária do Estado. Sobre isso, Holmes e Sustain defendem que os direitos dependem do Estado, que por sua vez, depende da arrecadação de impostos pelos contribuintes. Os direitos, portanto, custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos.

Dessa forma, os critérios adotados pela reserva do possível para a efetivação de direitos são mais abrangentes, pois levam em conta a existência de meios e recursos financeiros para tanto paralelamente com a possibilidade de dispor dos mesmos de forma razoável. Já o custo dos direitos, mesmo levando tendo por base o orçamento estatal, é voltado, sobretudo, para a utilização criteriosa desses recursos, de modo a aplicá-los conforme a necessidade.

Iverson Kech Ferreira (2016), no entanto, tem uma opinião bastante esclarecedora sobre a relação da teoria e do estudo com a Constituição Federal, expondo que em caso de indisponibilidade de recursos, deve-se considerar a inexistência total de meios, mesmo após atendidos os mínimos constitucionais, pelo fato da Constituição Federal trazer regras pontuais sobre a destinação de recursos públicos à satisfação de direitos sociais, como a saúde.

Percebe-se, portanto, que a nossa Carta Magna coloca restrições à plena aplicação tanto da reserva do possível quanto os custos dos direitos. Daniel Wei Liang Wang (2008, p. 540) aprofunda essa questão de forma bastante esclarecedora:

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão

judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante.

A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos. O grande debate que a exigibilidade judicial dos direitos sociais suscita é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do poder Judiciário, a tutela de seus direitos, e se esse Poder teria legitimidade democrática, competência constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa.

A questões envolvendo a garantia dos direitos fundamentais/sociais e uma orçamento que possibilite isso, conforme bem exposto por Wang, faz com que tanto a teoria da reserva do possível quanto o custo dos direitos sejam utilizadas de forma equivocada, aplicadas como se fossem uma só teoria, condicionando a concessão de direitos única e exclusivamente a capacidade orçamentária do Estado e sem nenhum critério para que isso seja feito racionalmente. Isso perverte o sentido original dos custos dos direitos e da reserva do possível, na medida em que apenas parte delas é aplicada na prática, e de forma totalmente obtusa.

5. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

5.1. CONCEITOS E ORIGENS

A teoria da reserva do possível trata da premissa de que a satisfação dos direitos fundamentais está limitada proporcionalmente à capacidade do Estado de provê-los.

Esta teoria tem origem na Alemanha, a partir do caso BVerfGE 33, 303, onde estudantes deram entrada em ações judiciais pelo fato de não terem sido admitidos nas faculdades de medicina das universidades de Hamburgo e Munique entre os anos de 1969 e 1970, em virtude do limite ao número de vagas nos cursos superiores que vigorava naquele período no país.

Quanto a essa situação, o § 17 da Lei Universitária de Hamburgo (MARTINS, 2005, p. 656) determinava que a absorção para alguns cursos depende da capacidade de absorção da universidade em obter alunos para viabilizar determinado curso, bem como, antes de se impor eventual limitação, a necessidade de uma avaliação por parte da universidade de critérios para evitar restrições na admissão de alunos..

Já a Lei de Admissão às Universidades Bávaras, em seu art. 2º, determinava que a quantidade de estudantes para alguns cursos só poderia ser limitada caso isso fosse essencial para que estes pudessem funcionar a contento, levando em conta o tamanho das suas instalações.

Esses estudantes baseavam sua pretensão no art. 12 da Lei Fundamental Alemã, onde “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem.” (MARTINS, 2005, p. 593).

Ao julgar a demanda, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não só reconheceu esse direito como o associou aos princípios da igualdade (art. 3º) e

do Estado Social (art. 20), reconhecendo o direito de acesso às instituições de ensino.

Entretanto, esse reconhecimento continha ressalvas. Entendeu a corte alemã que o pleno exercício desses direitos se encontra limitado ao orçamento do Estado e ao interesse da coletividade (MARTINS, 2005, p. 663-664):

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral.

{...}

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preferindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades].

Com base nesses critérios, uma violação constitucional não pode ser constatada. A obrigação de fazer rapidamente o necessário na medida do possível não é negada por nenhum responsável nos órgãos estatais.

Esta teoria, na sua origem, portanto, não guarda relação apenas com a capacidade orçamentária do Estado de fazer valer o cumprimento dos direitos fundamentais e sociais, e sim se a pretensão do indivíduo é razoável diante do Estado e da sociedade.

Desta forma, o Tribunal Constitucional Alemão, pela primeira vez, entendeu pela necessidade de se limitar os direitos sociais a situações onde eles podem ser exigidos de forma racional pela sociedade.

5.2. A RESERVA DO POSSÍVEL NA ALEMANHA

Após a I Guerra Mundial, em 1919, a Alemanha adotou a Constituição de Weimar, uma das primeiras a conter em seu texto os direitos sociais. Entretanto, com o fim da II Guerra Mundial, a sua atual constituição, promulgada em 1949, também conhecida como Lei Fundamental de Bonn, deu prevalência aos direitos de liberdade e suprimiu de seu texto os direitos sociais, sob o fundamento que os mesmos, para serem efetivos, necessitavam de uma confluência entre questões econômicas e políticas, e sua não ocorrência implica na total ineficácia desses direitos.

A não inclusão dos direitos sociais no texto constitucional alemão teve boa aceitação por parte da doutrina local. O receio deles se deve ao fato de eles não teriam como ser postos e prática pelo Estado, transformando o texto constitucional em um arcabouço de utopias, o que acarretaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores (KRELL, 2002, p.46)

Isso não significa a inexistência de direitos sociais no ordenamento jurídico alemão. Eles apenas estão confinados às leis infraconstitucionais, o que tira deles a obrigação irrestrita de cumprimento e a prioridade no âmbito judicial. Desta forma, o Tribunal Constitucional Alemão não age acerca de judicialização de políticas públicas. De acordo com Marco Falcão Critsinelis (2017, p. 127), suas atribuições são as seguintes:

Os objetivos instrumentais, portanto, no que se refere à gênese alemã da relação entre cidadania e representatividade estatal, podem ser assim sintetizados: (i) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, mas de análise de jurisdição por omissão dos demais Poderes em pequena escala; (ii) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, mas de equalizar, nos casos concretos, a igualdade substancial tendo como base a cidadania constitucional apregoada no prevalente regime político alemão – Estado Social; (iii) e, em razão disso, em larga escala de atuação, o Tribunal Constitucional alemão pondera, nos casos concretos, as ambições de prestações positivas pelos cidadãos e seu respectivo limite diante da reserva do possível como inadequação da pretensão individual às prestações devidas constitucionalmente; (iv) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, na

medida em que há, na Alemanha, por força da relação democrática, compreensão do princípio da confiança entre os Poderes e, havendo produção legislativa que discipline as políticas públicas de satisfação de prestações positivas previstas na Constituição, ela deve prevalecer – o legislador já comandou o que era possível comandar segundo a capacidade funcional e o equilíbrio da sociedade como um todo; (v) com a legislação das políticas públicas de satisfação de prestações positivas prevista na Constituição, estas políticas tornam-se obrigatórias para o orçamento e instrumentais a direito substantivos, sem qualquer vínculo com a reserva do possível, vencida com a legislação.

Sob essa premissa, o Tribunal Constitucional alemão garante aos seus cidadãos todos os pressupostos essenciais à sua existência com base no direito à liberdade, além de participação na vida social, cultural e política do país.

Tomando por base os eventos que deram origem a teoria da reserva do possível a partir do entendimento do Tribunal Constitucional Alemão sobre o tema, é possível traçar a visão teutônica acerca da matéria, onde a reserva do possível tem sua viabilidade consolidada devido ao fato dos direitos sociais estarem positivados em norma infraconstitucionais, permitindo sua flexibilização e conseqüente adequação à capacidade orçamentária do Estado.

Apesar de não constar na Lei Fundamental Alemã uma listagem de direitos sociais, logo no seu primeiro artigo, é mostrada a adesão ao princípio do Estado Social, que impõe o dever estatal de prover a seus cidadãos os direitos sociais.

Percebe-se, portanto, que a reserva do possível na Alemanha funciona sob duas premissas básicas: garantir a seus cidadãos o máximo de direitos fundamentais sociais e colocar isso em prática, de acordo com a capacidade da sociedade alemã de arcar com a concretização desses direitos dentro de critérios de razoabilidade.

Desta forma, a reserva do possível na Alemanha atua como um freio, onde os direitos fundamentais estão limitados à capacidade estatal de oferecer essa garantia sem que isso signifique a violação dos princípios de igualdade e liberdade. Além disso, essa capacidade estatal não está subordinada a

existência de recursos financeiros e sim a razoabilidade da pretensão exigida pelo cidadão diante do Estado e da sociedade.

5.3. A RESERVA DO POSSÍVEL NO BRASIL

De acordo com Alinie da Matta Moreira (2011, p.21), o debate entorno da reserva do possível em nosso ordenamento jurídico tem como cerne as postulações que envolvem a implementação dos chamados direitos sociais prestacionais. Além disso, conforme explica Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 208), a adoção de teses estrangeiras no sistema jurídico nacional sem foi algo bastante problemático, uma vez que uma constituição é elaborada com base em particularidades políticas, econômicas e sociais de um estado que, às vezes, e quase sempre, não estão presentes em outro.

Essas colocações explicam de forma bastante sucinta a questão envolvendo a aplicação da teoria da reserva do possível do Brasil.

Ao contrário do que ocorre na Alemanha, o ordenamento jurídico pátrio concede aos direitos sociais prerrogativas constitucionais, no intuito de assegurar aos brasileiros condições mínimas de existência, com o dever do Estado de garantir que tais condições tenham aplicabilidade prática.

O grande desafio do Estado brasileiro ocorre justamente em assegurar o acesso do cidadão a esses direitos. Isso ocorre, em grande parte, devido a escassez dos recursos públicos, que impedem a devida efetivação dos direitos sociais pelo poder público. Diante dessa realidade, o Estado tem procurado justificativas para explicar sua inoperância.

Isso fez com que a aplicação da teoria da reserva do possível fosse feita de forma equivocada, ao pôr de lado os critérios de razoabilidade a ela inerentes, restringindo a sua aplicação a ausência de recursos. Essa perversão da Teoria da reserva do possível fez que esta fosse utilizada como a justificativa para

a ineficácia do Estado em garantir os acessos de seus cidadãos aos direitos sociais previstos na constituição federal, permitindo a supressão dos mesmos.

Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 210) explica que essa visão da teoria da reserva do possível no Brasil, na medida em que toma por base apenas a questão orçamentária, além de empobrecer a discussão sobre o tema, coloca-a em confronto com o direito à vida.

O que se vê na prática, portanto, é o Estado brasileiro se utilizando da teoria da reserva do possível de maneira imprecisa e superficial como forma de escapar de sua obrigação constitucional de prover aos brasileiros o gozo pleno dos direitos sociais a que tem direito sob a alegação de encontrar-se impedido de fazê-lo devido ao baixo orçamento.

Por esses fatores, a aplicação da teoria da reserva do possível no Brasil tem suscitado debates acalorados quanto a viabilidade da sua aplicação no país.

Dentre aqueles favoráveis à aplicação desta teoria no país, Alinie da Matta Moreira (2011, p. 57) defende que cabe ao Estado promover a concretização dos direitos sociais de acordo com as garantias e as vinculações orçamentárias constitucionalmente reconhecidas. Entretanto, ela reconhece que o Estado só terá condições de fazer isso se se não estiver diante de uma escassez de recursos capaz de restringir a sua atuação e, por consequência, a própria verificação desses direitos.

Quantos àqueles contrários, Dirley da Cunha Júnior (2016), tem argumentos igualmente pertinentes. Segundo ele, a reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha num contexto jurídico e social totalmente diferente daquela adotado no Brasil. Na Alemanha a questão de se assegura o mínimo existencial a todos os seus cidadãos é uma questão superada, o oposto do que ocorre no Brasil. Diante disso, Dirley da Cunha Júnior entende que fazer uso da reserva do possível como fundamento meramente econômico para justificar a incapacidade do Estado em prover os direitos sociais a seus cidadãos, em

especial numa sociedade desigual como a brasileira, não se coaduna com o discurso constitucional brasileiro.

O Ministro Celso de Melo (2004), ao julgar a Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 45/DF, procurou chegar a um meio-termo entre os posicionamentos antagônicos mencionados:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

As colocações acima transcritas tratam, sobretudo, de um importante ponto, que é o cerne causador de toda a polêmica acerca da adoção desta tese em solo pátrio: adaptá-la à realidade brasileira e condicioná-la a escassez de recursos por parte do Estado ou vinculá-la ao critério de razoabilidade, tal qual na Alemanha?

Adaptar a referida teoria à realidade brasileira seria o mesmo que mutilá-la, pois perverte seus objetivos originais, diminuindo o seu alcance, restringindo-a exclusivamente a aspectos econômicos, deixando a razoabilidade de lado. Por outro lado, sua aplicação tal qual ela foi elaborada na Alemanha, ainda que fosse o ideal, encontra obstáculos no Brasil, devido à natureza da Constituição Federal.

Assim, é possível notar que a implantação da teoria da reserva do possível no Brasil está cercada de contradições. Além de condicionar a efetivação dos direitos sociais a existência de recursos para tanto, desvirtuando o pensamento original no qual ela foi concebida, esta teoria gera sérios questionamentos, diante do fato dos direitos sociais no país, além de constarem o texto constitucional, terem status de cláusula pétrea, o que compromete sua aplicação.

5.4. NOÇÕES DE DIREITO ORÇAMENTÁRIO

O que se entende por direito orçamentário surgiu na Inglaterra, girando em torno do parlamento inglês e constituindo basicamente em três etapas: autorização de receita, aprovação das despesas e apreciação anual das despesas e receitas públicas.

A autorização das receitas tem por base o art. 12 da Magna Carta (1215), onde resta disposto que nada envolvendo o orçamento real pode ser estabelecido sem o consentimento geral, estabelecendo, portanto, que só seria possível cobrar dos cidadãos ingleses algum tributo ou auxílio mediante aprovação do Conselho Comum do reino, e mesmo assim, seu valor teria que atentar para os critérios de razoabilidade.

A questão da aprovação das despesas teve origem na *Petition of Rights* de 1628. Ela foi criada numa tentativa de conter as arbitrariedades cometidas pelos reis, visando garantir os direitos dos súditos e evitar que os monarcas dilapidassem as economias do país.

A apreciação anual das contas públicas passou a ser feita tendo por base a *Bill of Rights* de 1689, que, além de consolidar os valores defendidos na Magna Carta e na *Petition of Rights*, limitou o poder dos reis centralizando no parlamento as questões orçamentárias.

Tendo por base esse aspecto histórico e visando tratar deste tema fundado em argumentações sólidas, convém, antes de se adentrar nele, tratar da conceituação de direito financeiro que, segundo Aliomar Baleeiro (2002, p. 4), “consiste, portanto, em obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou acometeu àquelas outras pessoas de direito público.”

Tendo isso em mente, é possível apontar os elementos da atividade financeira do Estado: o orçamento público, a receita pública, crédito público e a despesa pública. Eles dizem respeito, respectivamente, a gestão, obtenção, criação e aplicação de recursos.

A gestão de recursos, do qual trata o orçamento público, diz respeito ao planejamento e execução das finanças públicas, no tocante à previsão das receitas e à fixação das despesas da administração pública em determinado período que, no Brasil, equivale ao ano civil.

É possível, portanto, definir o direito orçamentário como o sub-ramo do direito financeiro que trata do regramento jurídico no tocante a formação, aprovação e fiscalização dos atos da administração pública que tenham por finalidade a fixação das receitas e despesas do orçamento público em cada exercício. Por ser bastante vinculado ao direito financeiro, o direito orçamentário não tem arcabouço teórico encorpado o suficiente para figurar como um ramo jurídico autônomo. A própria Constituição Federal ratifica isso em seu art. 24, determinando a competência da União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal elaborar leis sobre o Direito tributário e financeiro, além do orçamento.

Entretanto, sua importância não pode ser ignorada. Ernesto Lejeune Varcarel (2017, p. 127) ilustra bem essa questão, ao expor que a importância da instituição orçamentária pode ser ressaltada no fato do orçamento se apresentar como o vínculo entre a atividade de receita e a atividade de despesa, focando-se na previsão da primeira e na autorização da segunda, sendo esta a principal atividade financeira do Estado.

Tal importância foi consolidada pelo STF, conforme se pode ver em julgamento proferido pelo Ministro Ayres Brito:¹⁵

[...] Em se tratando de lei orçamentária, avulta um traço peculiar: abaixo da Constituição não há lei mais importante para a Administração Pública, porque o orçamento anual é o diploma legal que mais influencia no destino de toda a coletividade administrada, na medida em que fixa todas as despesas e prevê todas as receitas públicas para um determinado exercício financeiro. Donde se chamar a lei orçamentária de lei de meios. Deixá-la de fora do controle de constitucionalidade em processos objetivos parece um dar às costas ao reconhecimento de uma relevância que é tão intrínseca quanto superlativa. Lei orçamentária que, formalmente, é de natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda a máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda a sociedade civil.

Assim, ainda que atrelado ao direito financeiro, o direito orçamentário tem sua relevância dentro do ordenamento jurídico pátrio, pela sua atuação visando regular o orçamento público, sem o qual o Estado não pode cumprir com suas funções mais elementares.

Entretanto, de acordo com Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 184), A definição sobre o quanto e onde gastar os recursos públicos devem partir não dos magistrados, uma vez que a Constituição Federal reconhece e delimita os papéis dos poderes executivo e legislativo sobre o tema, de modo que que eventual invasão do poder judiciário nessa seara implicaria em um desequilíbrio que resultaria no sufocamento da democracia.

5.5 A RESERVA DO POSSÍVEL E OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais dependem de uma atuação positiva por parte do Estado para serem postos em prática, o que lhe impõe um dever constitucional de ação, e não de omissão. Desta forma, a não garantia de um direito tendo por base a incapacidade orçamentária do Estado de provê-lo coloca em xeque a

¹⁵ ADI 4.049-MC, Rel. Min. Ayres Brito, DJe 08.05.2009.

teoria da reserva do possível conforme é enxergada no Brasil, colocando-a como um fator de restrição à efetividade desses mesmos direitos sociais, obrigando os cidadãos e buscarem perante o Poder Judiciário a satisfação desses direitos, causando o fenômeno que passou a ser conhecido como judicialização.

Robert Alexy define restrições de direitos fundamentais como sendo “normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental (2008, p. 281). Tal conceito pode ser aplicado aos direitos sociais, uma vez que a Constituição Federal lhes atribui a mesma condição.

Alinie da Matta Moreira (2011, p. 85) expõe bem sobre a reserva do possível ser um fator de restrição a direitos sociais ao colocar que os aspectos originais da teoria, ou seja, a proporcionalidade e razoabilidade da postulação pelo particular perante o Estado, teve sua relevância posta de lado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento da capacidade orçamentária de prover esses direitos.

Desta forma, o fato dos direitos sociais estarem devidamente regulados na Constituição Federal e garantidos em seu preâmbulo, em tese, afastariam de seu alcance a reserva do possível, o que não deveria acontecer, caso os critérios de razoabilidade e proporcionalidade – essenciais para a sua efetividade – fossem colocados em prática no país.

Percebe-se, entretanto, que a reserva do possível no Brasil é enxergada como “uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes” (OLSEN, 2008, p. 212).

A reserva do possível, portanto se trata daquilo que o cidadão pode esperar racionalmente do Estado, sendo aplicado ao caso concreto segundo os princípios de racionalidade e proporcionalidade. Assim a limitação de recursos nada mais é do que um dos elementos a compor a proporcionalidade (MÂNICA, 2017, p. 103).

O grande equívoco na adoção desta teoria em território nacional, portanto, trata-se da adoção da escassez de recursos como único elemento central na formação da reserva do possível, sendo que o mesmo jamais deveria ser considerado de forma isolada, e sim dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, principalmente para tornar viável ao Estado a utilização deste argumento em demandas que envolvam a concretização e direitos. (MOREIRA, 2011, p. 86).

O que vemos em nosso ordenamento jurídico, entretanto, é que os critérios de razoabilidade e proporcionalidade não são sequer observados, sendo a reserva do possível condicionada tão somente a capacidade orçamentária do Estado, a ponto desta teoria aqui ser conhecida como a *Teoria do Financeiramente Possível*. Nesse caso, a restrição a direitos sociais causados pela forma como a teoria da reserva do possível é abordada em nosso ordenamento jurídico serve apenas para justificar a inaptidão do Estado em deixar de prover os direitos sociais a seus cidadãos.

Quanto a isso, o STF proferiu o entendimento de que a reserva do possível não pode ser usada pelo Estado como justificativa de se eximir do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando isso implica em deixar de conceder aos cidadãos os direitos a eles inerentes.¹⁶

A reserva do possível, portanto, ainda que não afete o conteúdo ou a existência de um direito, pode comprometer sua eficácia, ainda mais sendo utilizado da forma desvirtuada como ocorre no Brasil. Desta forma, condicionar a concretização de um direito tão somente aos recursos orçamentários do Estado implica em restringi-lo tendo por base a realidade dos fatos.

Isso mostra que direitos sociais descritos e regulados como tal em uma constituição onde o Estado não tenha condições de concedê-las a seus cidadãos sem sacrificar seu orçamento implica em fazer promessas que não podem ser cumpridas, e uma vez que essas promessas não cumpridas fazem parte do texto

¹⁶ STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 29/04/2004.

constitucional, não há como a reserva do possível ser aplicada em sua plenitude no Brasil.

6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE

6.1. DA DISCRICIONARIEDADE NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENVOLVENDO A SAÚDE

O direito à saúde no Brasil está diretamente relacionado com a discricionariedade da administração pública, e isso pode ser visto de forma expressa no art. 196 da Constituição Federal. Além deste dispositivo legal impor à saúde como direito de todos e dever do Estado, ele ainda determina que a forma de colocar isso em prática é por meio de políticas públicas que tenham como objetivo minimizar o risco de doenças, através de prevenção e tratamento, garantindo a qualidade de vida da população.

O termo “políticas públicas” é constantemente usado, mas seu significado é pouco compreendido. Assim, é pertinente que essa conceituação seja feita, em especial porque dela depende a correta perspectiva do tema em estudo. É possível definir políticas públicas como as atividades patrocinadas pelo Estado que tem como finalidade atender o interesse público no tocante às suas demandas sociais, visando a solução dos males que afligem a população ou a mitigação de seus efeitos, de modo a assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos na Constituição Federal.

As políticas públicas, portanto, são a forma como o Estado age para proporcionar à população os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados. A simples existência de direitos sociais é suficiente para justificar a necessidade de sua implementação (BUCCI, 1997, p. 90). Para a sua aplicação, o Estado necessita tanto da iniciativa da sociedade quanto do orçamento público. Com base nessas premissas, ele estabelece quais demandas são prioritárias e aplica os seus recursos na solução desses problemas.

Para isso, o Estado tem a seu dispor poderes que garantem sua prevalência em relação aos interesses particulares. Esses poderes, entretanto, são restringidos pela lei. A atuação da administração pública, portanto, não pode ir além desse limite. Em situações onde a lei impõe que a administração pública deve obedecer determinados critérios e requisitos, sem opções para proceder de forma diversa, diz-se que esse poder é vinculado. Por outro lado, existem situações em que o Estado tem uma margem de escolha, especialmente onde há omissão da lei. Nesses casos, o poder exercido é discricionário. Essa margem de escolha, no entanto, é relativa, pois está atrelada aos ditames da lei, devendo ser feita de acordo com a conveniência e oportunidade, sempre visando o interesse público, sob pena de sofrer um controle judicial.

Desta forma, o requisito para que um poder seja vinculado se dá com a disposição de determinada situação em lei, impondo à administração pública plena obediência (CARVALHO FILHO, 2019, p.141). Já os requisitos para a ocorrência da discricionariedade se dão com três fatores: quando a lei confere expressamente à administração pública uma concessão para agir de acordo com o critério que melhor lhe convier, quando a lei se omite sobre determinadas situações devido ao fato de não ter como prever o seu impacto quando da sua entrada em vigor e quando a lei estabelece uma competência mas não a conduta a ser exercida no caso concreto (PIETRO, 2017, p. 293).

A aplicação de políticas públicas, portanto, envolvem escolhas por parte do Estado, seja para decidir sobre qual direito social será dado prioridade sobre a solução de suas mazelas, seja para determinar como o orçamento estatal será destinado para atender essa demanda. Para fazer isso, a administração pública deve seguir os ditames da Constituição Federal, tendo sua margem de atuação a ela subordinada. Dessa forma, as políticas públicas encontram na aplicação dos direitos sociais um forte limitador à sua discricionariedade, tanto por questões de ordem constitucional quanto pelo seu impacto no orçamento público, afetando sensivelmente o direito à saúde.

Quanto as limitações à discricionariedade do Estado na implementação de políticas públicas relativas ao direito à saúde, de acordo com Paulo Roberto

de Almeida (2018) os direitos sociais foram impostos em nosso ordenamento jurídico de forma não discriminatória, sem que fossem observados critérios, como a forma de acesso a esses direitos, como eles seriam geridos ou os custos deles resultantes.

Assim, a forma analítica como a Constituição Federal foi escrita acarretou muitos direitos sociais, especialmente aqueles de cunho prestacional, como a saúde, a educação e a segurança. Robert Alexy (2008, p. 499) denomina os direitos sociais prestacionais como aqueles demandados pelo indivíduo perante o Estado, diante da impossibilidade de obtê-los junto à iniciativa privada por não dispor de recursos para tanto.

Percebe-se, portanto, a situação contraditória relativa à implementação de políticas públicas, em especial no tocante ao acesso a saúde, uma vez que, mesmo elas sendo atos discricionários em essência, a forma como este direito é abordado na Constituição Federal tem caráter vinculante, tirando grande parte da liberdade de atuação do Poder Público. Isso ocorre devido ao amplo leque de direitos lá previstos. O fato dela ser extensa e regular praticamente todos os atos da vida em sociedade dá ao administrador local uma margem de discricionariedade bastante restrita

No acesso à saúde, essa discricionariedade é reduzida a tal ponto que sua implementação se resume a um apanhado de atos administrativos vinculados, uma vez que a administração pública não tem como fugir do fato deste direito ser entendido por doutrina e jurisprudência como cláusula pétrea, ser um requisito essencial do mínimo existencial, além de ser dotado de características específicas de universalidade, integralidade e gratuidade, o que lhe dá um caráter preponderante em relação aos demais direitos.

Daí vem as limitações à discricionariedade na promoção de políticas públicas advindas do orçamento estatal, devido ao fato de uma parcela significativa do mesmo ter que ser destinada aos cuidados com a saúde, dada a forma prioritária como ela é tratada na Constituição Federal e do fato dela ser parte integrante daquilo que forma o mínimo existencial. Ainda que haja

questionamentos quanto a necessidade ou não de se destinar tantos recursos para esse fim, isso seria muito menos danoso caso a administração pública pudesse pelo menos alocar esses recursos destinados às políticas públicas envolvendo a saúde conforme as necessidades da sociedade em determinado momento, de modo que os mesmos chegassem a quem realmente precisa dentro do contexto que a sociedade estivesse enfrentando quando da distribuição desses recursos. Desta forma, sobriariam mais recursos para atender aqueles direitos que não fazem parte do mínimo existencial.

Isso leva a administração pública a não ter praticamente nenhuma margem de escolha nas ações envolvendo a saúde. A prevalência desse direito, na prática, é absoluta a ponto do Estado, na promoção de políticas públicas envolvendo o tema, não poder sequer alterar o alcance e a abrangência como esse serviço será prestado, uma vez que o orçamento destinado para esse fim não pode ser reduzido, devendo ser empregado independentemente se vai ou não realmente cumprir com sua finalidade perante a sociedade.

A discricionariedade reduzida da administração pública relativa à alocação de recursos para a atender as demandas sociais resulta na situação de direitos que integram o mínimo existencial, como o direito à saúde, ter uma prevalência orçamentária em relação aqueles que não fazem parte desse rol. Isso acaba impedindo a correta aplicação dos recursos públicos. Como consequência, a própria administração fica com sérias dificuldades de cobrar dos órgãos a quem esses recursos se destinam a devida prestação de contas sobre a sua aplicação.

Fica clara, portanto, a importância dos estudos acerca dos custos dos direitos de Holmes e Sustain no uso racional e criterioso dos recursos estatais, de modo que as políticas públicas possam atender ao fim que se destinam. Tal aplicação, com as devidas adaptações à realidade Brasileira, seria de grande valia caso o Estado brasileiro tivesse a discricionariedade necessária para tomar essas medidas.

O que se vê, no entanto, é uma realidade constitucional onde são concedidas uma quantidade excessiva de direitos sem nenhum critério que justifique isso e com o agravante de vários deles, além terem o status de cláusulas pétreas ainda serem integrantes do mínimo existencial. Isso faz com que o custeio desses mesmos direitos seja feito de forma desorganizada, impedindo que os benefícios deles advindos cheguem à população de forma eficiente.

6.2. DA GARANTIA E AMPLITUDE DOS DIREITOS CONTIDOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL E SEU IMPACTO NA RESERVA DO POSSÍVEL QUANTO A DISCRICIONARIEDADE

O objetivo do mínimo existencial é garantir que o ser humano tenha acesso a todos os meios necessários visando uma vida digna. Para que isso ocorra, ele é composto de uma série de direitos relacionados com a vida e a dignidade da pessoa humana. O equilíbrio entre esses direitos é muito delicado, pois basta que um deles não funcione a contento para a concretização do mínimo existencial ficar irremediavelmente comprometida. Muito disso se deve ao fato do mínimo existencial ter a peculiaridade de estar protegido da intervenção do Estado e ao mesmo tempo ser garantido justamente por suas prestações (TORRES, 1989, p. 35).

Ainda que não esteja disposto expressamente no texto constitucional, o mínimo existencial está contido em vários de seus princípios. É possível, portanto, localizá-lo na ideia de liberdade e nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão (TORRES, 1989, p. 29).

Tendo essas premissas por base, percebe-se que o mínimo existencial é formado por um conjunto específico de direitos fundamentais e sociais voltados para a dignidade humana. Não custa lembrar que os direitos sociais,

apesar de estarem descritos no art. 6º do texto constitucional, não estão a ele limitados, podendo ser encontrados tanto na legislação ordinária quanto dentro da própria Carta Magna, como os direitos previstos em seus arts. 7º a 11.

Dentre os fundamentos usados para estabelecer o mínimo existencial os mais utilizados são os princípios da igualdade e de liberdade. O primeiro baseia-se no fato de garantir a proteção do indivíduo contra os efeitos da pobreza absoluta oriunda da desigualdade social, possibilitando a mitigação desses efeitos, de modo que o ser humano tenha condições de acesso à vida digna.

Todavia, alçar o princípio da igualdade a esse patamar é precipitado. Uma vez que a igualdade está limitada às questões a ela correlatas, ela acaba por não abordar todos os aspectos do mínimo existencial, o que lhe restringe o alcance. É a liberdade, portanto, devido a sua abrangência, que dá fundamento a razão de ser do mínimo existencial, pois não há como garantir o básico para uma vida digna sem o devido respeito às suas condições iniciais, que, por sua vez, dizem respeito a esfera da liberdade mínima do cidadão, representada pelo direito à subsistência, que, por sua vez, está vinculada a autonomia do indivíduo em fazer suas próprias escolhas. (TORRES, 1989, p. 30-32).

Complementando a premissa acima, Alexy (2008, p. 503-504) fundamenta que os direitos fundamentais sociais são baseados na liberdade tendo com base duas teses. A primeira é que a liberdade jurídica, ou seja, a permissão de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática ou real, que diz respeito a possibilidade de escolha dentre as alternativas apresentadas. A segunda tese trata de que a liberdade fática de um grande número de pessoas, no tocante a seus direitos fundamentais, depende da atuação do Estado para que elas sejam concretizadas.

Diante de tudo isso, percebe-se que o mínimo existencial tem uma importância capital para a efetivação dos direitos sociais que lhe são correlatos, uma vez que o exercício dos mesmos tem um caráter vinculatório perante o legislador, especialmente quando da elaboração de políticas públicas (FERREIRA, 2013, p. 10), as quais devem assegurar que os requisitos

garantidores da dignidade da pessoa humana, a razão de ser do mínimo existencial, sejam respeitados, sob pena de estar em descompasso com a finalidade para a qual foi criada. Desta forma, toda e qualquer política pública deve estar subordinada à teoria do mínimo existencial, ou perderá a sua razão de ser.

Por tudo isso, não há como negar uma relação de antagonismo entre os direitos que fazem parte do mínimo existencial com a teoria da reserva do possível. Esta só funciona na Alemanha a contento pelo fato da constituição local, apesar de garantir a proteção dos direitos sociais, não os delimitar nem tampouco os regulamentar. Isso fica a cargo das leis infraconstitucionais, dando ao Estado alemão uma margem de discricionariedade para aplicar suas políticas públicas de forma razoável e proporcional, tendo como premissas fundamentais o interesse da sociedade, sendo o orçamento do Estado apenas um dos seus aspectos.

Quanto a este raciocínio, Alexy (2008, p. 510) faz a seguinte complementação

Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.

No Brasil, entretanto, devido a preponderância dada ao orçamento público, o rol de direitos sociais, além de ser extenso, tem prerrogativas constitucionais, a ponto de uma parte significativa deles ainda fazer parte do mínimo existencial, impedindo que a realidade tedesca seja colocada em prática no nosso ordenamento jurídico, diante da reduzida margem de atuação dada ao Estado brasileiro para tanto.

Isso se dá fundamentalmente devido ao fato dos direitos vinculados ao mínimo existencial estarem ligados simbioticamente com o direito à vida, à

liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro dessa realidade, ainda que os recursos estatais sejam limitados, a administração pública tem a obrigação legal, determinada constitucionalmente, de prover os cidadãos com todos os meios necessários para que eles tenham uma vida digna. Qualquer atitude do Estado que negue isso não é aceito pela nossa Carta Magna, caracterizando sua ilegalidade. A teoria da reserva do possível, por outro lado, determina a promoção de políticas públicas para a concessão de direitos tendo por base aquilo que pode ser exigido da sociedade, obedecendo a requisitos como os limites orçamentários do Estado, atendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Quanto a isso, Alexy (2008, p. 512) salienta que os direitos às prestações só podem ser garantidos se isso for exigido pelo princípio da liberdade fática, bem como se o orçamento do Estado e se a liberdade jurídica de terceiro e pela garantia forem pouco afetados pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Ele ainda afirma que essas condições são satisfeitas em questões envolvendo o mínimo existencial

Desta forma, uma vez que determinado direito integrado ao mínimo existencial faça parte de uma política pública, o Estado tem a obrigação de liberar os recursos para atender essa demanda, mesmo que seu orçamento não tenha capacidade suficiente para atender a outros direitos. Assim, a reserva do possível só poderia ser aplicada, ainda que de forma esporádica, em casos onde, após acatar as demandas relativas ao mínimo existencial, sobrassem recursos para prover os demais direitos que não o integram.

Além disso, há o fato da reserva do possível ser aplicada no Brasil limitando a obrigatoriedade do Estado na implementação de políticas públicas à sua capacidade orçamentária, ao passo que na Alemanha ela leva em conta se a implementação de determinada política pública é razoável e se há como ela ser concretizada.

Assim, não há como essas teorias serem aplicadas de forma concomitante, e, havendo um choque entre elas, o mínimo existencial deve prevalecer sobre a reserva do possível, sob pena do Estado de se omitir no seu dever de garantir à população o acesso aos direitos sociais vinculados à dignidade da pessoa humana. De modo a evitar que isso ocorra, o STF decidiu que o Poder Público não pode se utilizar da reserva do possível para inviabilizar a implementação de políticas públicas previstas na constituição impondo como limitador à essa conduta o mínimo existencial ¹⁷

A limitação orçamentária do Estado, portanto, não tem como ser utilizada como uma excludente de responsabilidade estatal para a não promoção de políticas públicas relacionadas ao mínimo existencial, e sendo este um critério no qual é baseado a reserva do possível, isso ressalta a forte incompatibilidade dessas duas teorias dentro do nosso ordenamento jurídico.

Por tudo isso, o fato do mínimo existencial não poder seu usado como invocação de limitação orçamentária impõe uma forte restrição à discricionariedade do Estado na implementação de políticas públicas. Quanto a isso, Wilson Donizeti Liberati (2013, p. 75) é bastante taxativo ao afirmar que ao Estado é impossível realizar serviços públicos sem levar em conta a dignidade humana, o que o deixa com uma margem de atuação bastante reduzida dada a proteção de muitos direitos, devido ao núcleo indisponível de que gozam os direitos fundamentais, dos quais os direitos sociais fazem parte.

Com base nos apontamentos acima, é possível tem em mente que permitir ao Estado a discricionariedade suficiente para alocar os recursos visando a concessão de políticas públicas sob os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, tendo em conta os interesses da coletividade e dentro da capacidade orçamentária do Estado, implicaria da utilização desses recursos de forma racional e ponderada, permitindo que os direitos sociais chegassem à população de forma eficiente.

¹⁷ STF, ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.

Por uma questão de honestidade intelectual e integridade financeira, é impossível não reconhecer que a implementação de políticas públicas implica em custos ao Estado (MENEZES, 2015, p. 191). Entretanto, devido ao fato da Constituição Federal estar sobrecarregada de direitos sociais, impondo a obrigatoriedade de seu cumprimento àqueles atrelados ao mínimo existencial sem levar em conta os limites orçamentários do Estado, isso inibe qualquer iniciativa de cunho discricionário por parte da administração pública.

É flagrante a limitação imposta à discricionariedade da administração pública pelo mínimo existencial. O caráter preponderante dados aos direitos sociais a ele atrelados resultam na prevalência na alocação de recursos no tocante à implementação de políticas públicas, o que restringe por parte da administração pública a adoção qualquer medida que fuja daquilo que está regulado na Constituição Federal ou caso ela tenha se omitido sobre determinado algum ponto que permita a atuação do Poder público.

Diante disso, é possível afirmar, dada a forte limitação quanto a discricionariedade da administração pública nesse sentido, que o mínimo existencial é imune aos efeitos da reserva do possível, o que, seguramente, impõe um sério obstáculo a sua plena utilização em nosso ordenamento jurídico, mesmo isso sendo feito da forma como essa teoria foi originalmente concebida.

É possível, portanto, estabelecer uma relação causa-consequência entre a reserva do possível e a discricionariedade da administração pública dentro do mínimo existencial na medida em que o antagonismo existentes entre as duas teorias impede que o Estado tenha margem de atuação para poder agir de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade.

6.3. DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO GARANTIA DO DIREITO DE LIBERDADE E SUA REPERCUSSÃO NO ACESSO A SAÚDE.

É impossível dissociar o mínimo existencial da ideia de uma vida digna. Por sua vez, não há que se falar em vida digna sem que o acesso a liberdade esteja envolvido, uma vez que o mínimo a que cada indivíduo tem desse direito está vinculado a sua subsistência, e faz parte dela a capacidade de cada pessoa de fazer suas próprias escolhas e arcar com as consequências delas.

Desta forma, sem o mínimo existencial, não há como garantir liberdade, que, por sua vez só é possível com a concessão de direitos sociais, até mesmo para que o indivíduo tenha sua subsistência preservada. Um desses direitos sociais a ser garantido obrigatoriamente é o acesso a saúde, uma vez que ela se manifesta no bem estar físico e mental do indivíduo, ficando comprometido o exercício da liberdade no aspecto social sem que esse direito seja plenamente concretizado.

Alexy (2008, p. 505-506) complementa essa linha de raciocínio declarando que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais deve incluir em seu bojo a liberdade fática. Para isso, ele expõe dois argumentos. O primeiro leva em conta o que representa a liberdade fática para o indivíduo. Para isso, ele se utiliza de três exemplos: não viver abaixo do mínimo existencial, não estar desempregado por longo tempo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo. O segundo argumento trata do fato da liberdade fática ser constitucionalmente importante tanto no aspecto formal da garantia de direitos, quanto no aspecto substancial. Com isso, Alexy conclui que, tendo os direitos fundamentais como finalidade o desenvolvimento da personalidade humana, os mesmos estão orientados para a liberdade fática, o que garante os pressupostos do exercício das liberdades jurídicas.

Tendo por base essas premissas, não há como negar o direito à saúde como parte integrante do mínimo existencial. Além de fazer parte da subsistência do ser humano, o acesso à saúde é posto em prática na compra de remédios, realização de cirurgias, exames e outras ações correlatas visando a redução do risco de doenças e outras enfermidades, bem como a mitigação de seus feitos, que não podem ser concretizados sem que o Estado garanta o acesso a saúde, possibilitando ao indivíduo a liberdade de usufruir desse direito, conforme o art.

196 da Constituição Federal. A saúde, portanto, constitui um dos elementos integrantes do mínimo existencial - vinculado ao direito à liberdade sob uma ótica fática - para que o ser humano possa usufruir de sua existência com de forma digna.

O mínimo existencial, em se tratando de saúde, portanto, não está limitado a políticas públicas tendo ela como tema, mas também diz respeito a aplicação dos recursos públicos para a sua concretização (OLIVEIRA; COSTA, 2011, p.94). Essa relação ainda é favorecida por suas características de universalidade, integralidade e gratuidade, onde o acesso a saúde deve ser concedido a todos os cidadãos, visando tanto prevenir como combater doenças e sem nenhum custo. Note-se que as referidas características buscam o oferecimento de condições para que, com a amplitude necessária de cobertura, o indivíduo tenha condições atuar livremente, na medida em que o acesso ao serviço de saúde lhe é garantido.

Isso ocorre devido ao fato do art. 196 da Constituição Federal, que, além de determinar como o direito à saúde deverá ser exercido, ainda impõe que ele é direito de todos e dever do Estado. O texto é claro, direito e não dá margem para interpretações contrárias ao que nele consta. Dessa forma, o Estado, além e não poder tomar qualquer medida que contrarie o direito à saúde, não pode permitir que ele seja violado, além de ser obrigado a proporcionar os meios para sua concretização (MARMELESTEIN, 2009, p. 191-192).

Dessa forma, o direito à saúde tem uma prevalência inquestionável no que tange a concessão de Direitos por parte do Estado, a ponto de, no art. 23 da Constituição Federal, ficar determinado o cuidado com a saúde por todas as esferas da administração pública, seja ela federal, estadual e municipal. O mínimo existencial é imposto pela garantia de liberdade, pois, segundo Alexy (2008, p. 517) o direito a prestação surge quando a liberdade fática é mais levada em conta que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto, sendo ela, portanto, premissa fundamental para a elaboração de toda e qualquer política pública, o que relaciona-se diretamente com o direito à saúde.

Para chegar a essa conclusão, Alexy (2008, p. 500) separou as normas a serem atribuídas na condição de direitos fundamentais sociais em três critérios. No primeiro critério, as normas podem tanto garantir direitos subjetivos, quando o titular tem direito a um determinado ato diante de um destinatário, quanto obrigar o Estado de forma objetiva, sob pena de sofrer sanção. No segundo critério, elas seriam não-vinculantes, por se tratarem de pretensões constitucionais a prestações, ou seja, garantias que protegem a liberdade, a autonomia e a segurança do indivíduo diante do Estado, e vinculantes, quando a análise de sua violação puder ser controlada através da corte constitucional, o que lhe dá o caráter de obrigatoriedade no seu cumprimento. O terceiro aspecto, por fim, dispõe que as normas podem fundamentar direitos e deveres definitivos, relativos às regras, ou *prima facie*, relativos aos princípios. Para um melhor entendimento desse critério, é necessário estabelecer a diferença entre regras e princípios. Para Alexy (2008, p. 86-90), a norma é um gênero onde são espécies os princípios e as regras. Os princípios demandam que algo seja realizado na medida do possível, levando em conta os aspectos jurídicos e fáticos existentes. Já as regras exigem o seu cumprimento imediato, uma vez observada a sua validade, a partir das possibilidades fáticas e jurídicas.

Tomando por base esses critérios, Alexy apurou a existência de oito normas cujas estruturas são bastante diversas entre si e podem ser representadas da seguinte forma:

Tabela 1 - Estrutura Normativa

Vinculante				Não-Vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
Definitivo	<i>Prima Facie</i>	Definitivo	<i>Prima Facie</i>	Definitivo	<i>Prima Facie</i>	Definitivo	<i>Prima Facie</i>
1	2	3	4	5	6	7	8

Fonte: Alexy (2008, p. 501)

O nível de proteção das normas tendo por base a estrutura acima varia em 8 níveis, sendo 1 o mais forte e 8 o mais fraco. Dessa forma, percebe-se uma

proteção mais intensa nas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos, ao passo que ela é mais fraca nas normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie*. Seguindo esse raciocínio, o próprio Alexy, reconhece o mínimo existencial como um direito pertencente aos níveis 1 e 2, o que, sob essa premissa, lhe uma proteção máxima.

Já a reserva do possível, por restringir a efetivação de direitos sociais e, conseqüentemente, ficar impedida de adentrar a esfera de atuação do mínimo existencial, fica restrita aos níveis 3 e 4 da tabela proposta por Alexy, pois, ainda que esteja sujeita a normas de efeito vinculante, ela tem caráter objetivo, pois só pode ser posta em prática em direitos que não façam parte do mínimo existencial, dada a ausência de discricionariedade que lhe é imposta pela Constituição Federal.

Nesse sentido, na linha do autor alemão supracitado, as normas garantidoras do direito à saúde - tenham elas a estrutura de princípios (direitos *prima facie*) ou de regras (direitos definitivos) - são vinculantes e garantem direitos subjetivos. Assim, à diferença substancial previamente mencionada soma-se a diferença estrutural-normativa (ALEXY, 2008, p. 502). Portanto, sua inclusão no mínimo existencial não decorre exclusivamente de uma opção axiológica-substancial, mas encontra também fundamentação jurídico-estrutural.

Conforme já exposto, o orçamento estatal se baseia na gestão, obtenção, criação e aplicação dos recursos públicos. Em tese, caberia ao Estado ter pleno domínio dessas variáveis de modo a mantê-lo equilibrado, pois só assim ele teria como cumprir sua função primordial, que é a de prover o bem-estar de seu povo a partir do uso ponderado e racional desses recursos, atendendo, dessa forma, aos preceitos do mínimo existencial.

Entretanto, dado ao extenso rol de direitos existentes na Constituição Federal, a correta aplicação desses recursos fica comprometida, haja vista que alguns desses direitos, notadamente o da saúde, dada sua relevância junto à população, necessita de uma grande quantidade de recursos para a plena

garantia do seu acesso, em detrimento de outros direitos que não estejam integrados ao mínimo existencial.

Os direitos fundamentais/sociais são regulados constitucionalmente e alguns deles, como o direito à saúde, ainda fazem parte do mínimo existencial. Eles tem, portanto, a preferência na alocação da verba pública em relação aos direitos que não gozam desses privilégios, que acabam por não receber a verba necessária para chegar à população e tem o seu pleno acesso comprometido.

Qualquer recurso alocado junto à saúde, portanto, tem obrigatoriamente que ser classificado como prioritário e essencial, sem que seja possível estabelecer critérios objetivos sobre quais situações, dentro do espectro da saúde, gerariam mais necessidade junto a população, demandando uma quantidade maior de recursos. Assim, qualquer tentativa de reduzir-lhe seus efeitos seria de imediato declarada como inconstitucional, o que mostra a ausência de discricionariedade por parte da administração pública em atuar de modo restritivo no tocante ao direito a saúde.

Isso mostra que a vasta quantidade de direitos sociais, muitos deles vinculados ao mínimo existencial, não significam a sua concretização. Da mesma forma, uma restrição criteriosa desses direitos não significa a violação desse princípio. Restringi-los não significa que, de uma hora para outra, a população seria privada dos benefícios pelas políticas públicas a eles relacionadas, ficando à míngua.

Restringir significa impor limites e, neste caso, limites à concessão desenfreada de direitos feita pela Constituição Federal possibilitaria que os recursos destinados a implementação de políticas públicas fossem aplicados de forma lucida, atendendo as reais necessidades da população proporcionalmente à sua demanda, mantendo assim o delicado equilíbrio no qual o princípio do mínimo existencial se sustenta.

A discricionariedade da administração pública tem como principais limitadores os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse

público que, por sua vez, servem de alicerce à administração pública. No primeiro, havendo um conflito de interesses entre as aspirações do particular e da sociedade, estas últimas devem prevalecer. Quanto ao segundo, os bens públicos não estão de posse da administração, devendo esta geri-los em prol dos interesses da sociedade. Dessa forma, ainda que os textos legais concedam ao Estado uma margem de atuação, ela encontra-se limitada devido a estes princípios, ou seja, os critérios de oportunidade e conveniência dados à administração devem sempre estar calcados no interesse público.

Percebe-se, portanto, que a discricionariedade, no que tange os atos administrativos, atinge apenas ao objeto e o motivo, ficando excluídos da sua esfera de atuação o sujeito, a forma e a finalidade, uma vez que estes sempre serão vinculados. Assim, conforme já exposto por Alexy, a discricionariedade só atinge as normas não vinculantes e apenas os direitos objetivos podem ser englobados pela reserva do possível, ficando os direitos subjetivos excluídos desse contexto.

Esse raciocínio é ratificado por Hely Lopes Meyrelles (2016, p.140), ao dispor que mesmo ato administrativo sendo discricionário, é necessária a competência legal para praticá-lo, obediência à sua forma legal e atender a finalidade essencial de qualquer ato administrativo, o interesse público.

Diante disso, é possível concluir que o mínimo existencial, ao mesmo tempo que tem como objetivo garantir as condições essenciais para o indivíduo ter uma vida digna, também impõe ao Estado a implementação de políticas públicas para chegar a esse fim.

O mínimo existencial, portanto, é parte integrante do interesse público, de modo que qualquer política pública promovida tem nesta teoria um forte limitador dos poderes da administração. Note-se que o mínimo existencial está diretamente vinculado a meta de erradicação da pobreza. Entretanto, conforme muito bem apontado por Ricardo Lobo Torres (1989, p. 30), há que se levar em conta os critérios de pobreza existente para a aplicação do mínimo existencial. Nesse ponto, Torres classifica a pobreza em absoluta e relativa, sendo a primeira

aquela de que fato impõe obstáculos à que o ser humano tenha uma vida digna e a segunda é decorrente de produção econômica ou redistribuição de bens.

Dessa forma, os casos envolvendo a pobreza relativa devem ser mitigados de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias do Estado, ficando sujeitas à reserva do possível. Já nas situações de pobreza absoluta, o mínimo existencial deve ser sempre observado, mas tendo em vista que o que pode ser definido como pobreza absoluta varia entre os países, sendo definida de acordo com o poderio econômico deles.

Além disso, diante do fato do inciso XXXV da Constituição Federal determinar fatos causadores de lesão ou ameaça a direito obrigatoriamente entram da esfera de atuação do Poder Judiciário, isso afeta qualquer ato discricionário que atente contra os direitos contidos no mínimo existencial. Nem mesmo a escassez de recursos públicos pode ser usada pela administração pública como desculpa pela não efetivação do mínimo existencial.

O Poder Judiciário tem um papel importante nesse sentido, pois, ao decidir pela promoção de determinada política pública, automaticamente atribui a ela a condição de mínimo existencial, o que a não a torna mais sujeita à reserva do possível e, conseqüentemente, à discricionariedade da administração pública (MENEZES, 2015, p. 222).

No caso da realidade brasileira, o pleno acesso aos direitos sociais não chega a todos. Isso afeta sobremaneira o direito a saúde, na medida em que toda política pública que envolva a solução de demandas de cunho social, ou a mitigação das suas mazelas, deve sempre ter o acesso a esse direito como prioridade. Dessa forma, na elaboração de política pública para esse fim, o Estado não tem como intervir nos sujeitos que deverão implementá-la, na forma como ela será aplicada e nem na finalidade a que ela se destinará. Sua discricionariedade, portanto, encontra-se limitada ao conteúdo da política pública e as motivações que lhe deram origem, devendo, no entanto, estarem em acordo com os ditames legais e ao interesse público

Uma vez que tem uma liberdade limitada mesmo quando lhe é dada uma margem de atuação, a administração pública não tem como influir na alocação de verbas para a implementação de políticas públicas, em especial no tocante à saúde, cujas características de universalidade, integralidade e gratuidade contribuem ainda mais para que essa discricionariedade seja praticamente nula.

Levando em conta a forte dependência da reserva do possível com a discricionariedade da administração pública, é pertinente o entendimento de Alinie da Matta Moreira (2011, p. 190). Segundo ela, entre a reserva do possível e o mínimo existencial há um duplo aspecto, onde ao mesmo tempo em que o mínimo existencial limita a atuação da reserva do possível, este, por sua vez, reforça a existência de um núcleo intangível em torno da dignidade da pessoa humana, cuja concretização é dever do Estado, independentemente de haver ou não recursos para tanto.

Assim, na promoção de políticas públicas, o acesso à saúde praticamente monopoliza a alocação de recursos públicos em detrimento dos demais direitos que integram o mínimo existencial. O que sobra é aplicado em políticas públicas que não fazem desse contexto, deixando-as limitadas em relação ao alcance de seus objetivos.

6.4. DO NÃO CABIMENTO DE INVOCAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.

Dada a preponderância do direito à saúde em relação aos demais direitos, mesmos aqueles que também se enquadrem no mínimo existencial, e diante da ausência de discricionariedade da administração pública no tocante a alocação de recursos para a implementação de políticas públicas envolvendo o tema, ainda que atendendo critérios de razoabilidade e proporcionalidade qualquer tentativa de utilização da reserva do possível dentro desse contexto resultaria em inconstitucionalidade, pois incorreria acarretaria lesão ou ameaça de direito, atraindo a atuação do Poder Judiciário.

O STJ ratifica isso traçar as seguintes considerações:

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.¹⁸

Essa determinação é ainda mais proeminente tratando-se de direito à saúde, uma vez que este mesmo tribunal tem o entendimento que ele é garantia é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. Dessa forma, o Estado é obrigado a cumprir todas as disposições legais relacionadas ao acesso a esse direito.¹⁹

Quanto a isso, o Ministro Celso de Melo se posicionou sobre o tema da seguinte forma:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.²⁰

¹⁸ STJ, AgRg no AREsp 790.767/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015.

¹⁹ STJ, REsp 1068731/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 08/03/2012.

²⁰ STF, ARE 639337 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 divulg 14-09-2011 public 15-09-2011 ement VOL-02587-01 PP-00125.

Percebe-se, portanto, a dificuldade por parte do Estado em intervir em políticas públicas envolvendo a saúde. Uma vez que a reserva do possível depende de um forte grau de discricionariedade, de modo que a administração pública possa determinar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade visando atender esse direito, respeitando o princípio da liberdade, e estando ele vinculado ao mínimo existencial, o que inviabiliza sua limitação, é possível afirmar que o direito à saúde é imune a teoria da reserva do possível, em consonância com a liberdade fática descrita por Alexy

A questão da discricionariedade (ou da falta dela) representa uma barreira intransponível para que a reserva do possível seja utilizada para regular as políticas públicas envolvendo o acesso à saúde. A reserva do possível é um fator limitador para a implementação dessas políticas e, em virtude das prerrogativas inerentes à saúde, é impossível o Estado restringir esse direito sem que isso implique em violação da constituição Federal. O STJ ratifica isso ao determinar que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.”²¹

Quanto a isso, Luiz Roberto Barroso (2009, p. 39) é taxativo ao afirmar que o Poder Judiciário deve atuar sempre que um direito fundamental for descumprido, especialmente se o mínimo existencial for atingido, respeitando a posição do legislador caso o mesmo tenha feito ponderações e escolhas válidas.

Dessa forma, a utilização da reserva do possível para delimitar qualquer política pública envolvendo a saúde implicaria em lesão à direito, o que atrairia a atuação do Poder judiciário para resolver essa demanda. Isso contribui ainda mais para que a administração pública fique inibida de tomar qualquer medida nesse sentido. O STF confirma esse raciocínio ao reconhecer a inaplicabilidade

²¹ REsp 790.175/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 249.

da reserva do possível “sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.”²²

Desta forma, a reserva do possível é um forte limitador à efetivação de direitos sociais e, no caso do direito à saúde, ela é ainda mais extrema, pois, além de estar vinculada ao mínimo existencial, ele é um dos requisitos essenciais à formação da dignidade da pessoa humana, de forma que nem a escassez de recursos pode ser usada como justificativa para a limitação desse direito, o que ressalta a síntese do entendimento de Alexy sobre o tema, vez que, conforme anteriormente explanado, o direito à saúde, esteja ele manifestado sob a forma de princípio ou regra, tem caráter vinculante, assegurando direitos subjetivos.

Com as devidas adaptações à realidade brasileira, a reserva do possível seria de grande valia para dar ao estado brasileiro a margem de escolha necessária para que ele pudesse implementar as políticas públicas atendendo as demandas da sociedade de maneira razoável e proporcional, levando em conta a sua capacidade para colocar tudo isso em prática.

Entretanto, no tocante à saúde, isso é inaplicável, pois, além dela fazer parte do mínimo existencial, o que a torna imune aos efeitos da reserva do possível, o texto constitucional aumenta os obstáculos nesse sentido, pois confere a saúde características específicas – universalidade, integralidade e gratuidade – que aumentam sua prevalência em relação aos demais direitos, mesmos aqueles que compõem o mínimo existencial, o que reflete na prioridade dada pela administração pública na alocação de recursos visando a elaboração e promoção de políticas públicas.

Mesmo o Poder Judiciário tem sua esfera de atuação limitada, pois, conforme determinação no STF, ele deve apenas se ater ao cumprimento das

²² ARE 745745 AgR, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 divulg 18-12-2014 public 19-12-2014.

políticas públicas previamente estabelecidas, sendo vedada quaisquer inovações da ordem jurídica.²³

Desta forma, o uso da reserva do possível em nosso ordenamento jurídico está limitado aos direitos que não fazem parte do mínimo existencial, dada a relação de imunidade que este tem para com aquele. Como consequência, qualquer uso da reserva do possível em direitos sob a tutela do mínimo existencial, situação na qual o acesso a saúde está enquadrado, resultaria em lesão a direito, com o agravante deste em questão ser de natureza fundamental/social, o resultando em intervenção do Poder Judiciário, cuja liberdade de decidir encontra restrições por parte dos tribunais.

Ainda que a escassez de recursos públicos seja usada como justificativa, dentro do alcance da reserva do possível, para uma eventual restrição do direito à saúde, o fato dele ser destinado à toda a população, com a devida proteção diante de todas as situações possíveis e sem custos, impede que isso seja feito.

Percebe-se, portanto, a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no tocante à saúde, uma vez que, devido ao fato dela integrar o mínimo existencial e do alcance e a abrangência de suas características específicas, é possível afirmar que o direito à saúde é imune aos efeitos da teoria alemã, diante das fortes prerrogativas á ele concedidas pela Constituição Federal.

²³ STF, RE 642536 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, Acórdão Eletrônico DJe-038 divulg 26-02-2013 public 27-02-2013.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do presente estudo, tratou-se de abordar os direitos sociais dentro de um contexto histórico visando explicar a sua formação para, a partir daí, mostrar o seu papel dentro da atual realidade constitucional pátria. Assim restou provado que os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais, representando uma de suas dimensões - mais precisamente a segunda -, além de um ordenamento jurídico.

Delimitado o papel e a relevância dos direitos sociais, buscou-se abordar como os direitos fundamentais são adequados pela Constituição Federal, com base na sua divisão entre direitos individuais e sociais. Com base nessas premissas, se procurou apontar o papel do direito à saúde, mostrando a forma como ele é retratado tanto pelo STF quanto pelo texto constitucional, tendo como alicerce a imposição da saúde como direito de todos e dever do Estado, a ponto de inclusive do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência atribuir aos direitos sociais – e, conseqüentemente, ao direito à saúde -, a condição de cláusula pétrea.

Uma vez estabelecido o papel da saúde dentro dos direitos sociais e da abrangência do seu direito à mesma, procurou se traçar uma relação entre ele e a teoria do mínimo existencial com base na teoria dos quatro status de Jellinek, para, com esses conceitos, estabelecer um paralelo entre o mínimo existencial e os direitos sociais fundamentado no exercício da liberdade, que, por sua vez, pode se manifestar tanto na possibilidade de alguém agir sem se sujeitar ao que determina o Estado quanto poder se utilizar dele para fazer valer seus direitos quando necessário. Tendo isso em conta, procurou se esclarecer como o direito a saúde é aplicado dentro do mínimo existencial, como ele é abordado na Constituição Federal, sua fundamentalidade, seus princípios, bem como os limites à efetividade tanto dos direitos sociais quanto do direito à saúde.

Em seguida, foi abordado o estudo de Holmes e Sustain sobre o custo dos direitos, estabelecendo a diferença entre direitos positivos e negativos e sua

relação com os direitos fundamentais, usando-se isso como base para traçar um paralelo desse estudo tanto com o mínimo existencial, no tocante a aplicação de recursos atendendo as necessidades da população, quanto com a reserva do possível, levando em conta tanto a capacidade do estado de atender a um direito tendo como um de seus requisitos a quantidade de recursos necessários quanto a utilização dos mesmos de forma criteriosa.

Tendo traçado as premissas relativas aos custos dos direitos, se procurou tecer considerações acerca da reserva do possível, a partir de sua origem na Alemanha e da forma como ela foi adotada no Brasil, bem como sobre o Direito Orçamentário e de sua aplicação na reserva do possível, e, uma vez estabelecido esse alicerce, mostrou-se como ela se relaciona com os direitos sociais, e de sua aplicação equivocada no ordenamento jurídico pátrio.

Estabelecidos os critérios acerca da reserva do possível, se estabeleceu como se dão as políticas públicas envolvendo o direito a saúde, provando que ela depende fortemente da discricionariedade que é dada à administração pública nessa questão, de modo que, no que tange o direito à saúde, há quase que a ausência total dela, seja pela grande quantidade de direitos previstos da Constituição Federal seja pelo fato do Direito à saúde estar intrinsecamente ligado ao mínimo existencial, o que limita a margem de atuação do Estado ao estabelecer políticas públicas envolvendo a saúde, deixando claro a relação de antagonismo entre os direitos que fazem parte do mínimo existencial e a reserva do possível.

Levando em conta essa linha argumentativa, conclui-se que não há como se dissociar o mínimo existencial da ideia de liberdade, uma vez que os direitos mínimos de cada indivíduo está ligado a ideia de subsistência que, por sua vez, faz parte da capacidade de cada pessoa de fazer suas próprias escolhas e arcar com suas consequências. Isso mostra que não se tem como garantir liberdade, sem o mínimo existencial, e isso só é possível com a concessão de direitos sociais, para que o indivíduo tenha sua subsistência preservada. Fica provado que o direito a saúde faz parte do mínimo existencial, haja visto que a própria Constituição Federal impõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Por essa razão, a saúde não está sujeita a reserva do possível, dado que a ausência de discricionariedade por parte da administração pública para tratar do assunto restringe sua margem de atuação, criando uma barreira que evita a aplicação da reserva do possível, uma vez que esta se trata de uma restrição a concessão de direitos, de modo que seu uso indiscriminado no tocante a saúde resultaria em lesão a direito, o que a Constituição Federal proíbe e obrigaria a intervenção do Poder Judiciário para que isso ocorresse.

Por tudo o que foi exposto, resta provado que o direito á saúde é imune a reserva do possível, em virtude da forte preponderância a ela dada pela constituição Federal, que retira a discricionariedade por parte da administração pública de quaisquer tentativas de restringir seus efeitos, especialmente em se tratando de alocação de recursos. Portanto, a utilização forçada e indiscriminada da reserva do possível em políticas públicas envolvendo a saúde e inconstitucional, não encontrando nenhuma abertura em nosso ordenamento jurídico para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 16. ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARRETO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os direitos sociais. In: Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra, 2003. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24867/1/BoletimXLVI_Artigo4.pdf >. Acesso em 14 jul. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 02 Set 2020.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7ª reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 451-483, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10 Set. 2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, Brasília-DF, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CAMPOS, Roberto. A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a constituição de 1988; organizado por Paulo Roberto de Almeida. São Paulo: LVM Editora, 2018. Edição do Kindle.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito constitucional e Teoria da constituição. 7ª ed., 17ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

COMIDA. Intérprete: Titãs. Compositores: ANTUNES, Arnaldo; FROMER, Marcelo; BRITO, Sérgio. In: Jesus Não Tem Dentes no País dos Banguelas. São Paulo: WEA, 1987. faixa 2 (3:55 min). Disponível em: <<https://open.spotify.com/album/0LQi86MshG4CZgOSYNketn>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CRITSINELIS, Marco Falcão. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. Revista CEJ, v. 21, n. 71, 6 jun. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Efetividade dos Direitos Sociais e a reserva do possível. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/biblioteca/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1409812&action=2&destaque=false>> Acesso em: 05 mar. 2020.

Declaração dos Direitos da Virgínia. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>> Acesso em: 30 ago. 2019.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, p. 571-572, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. São Paulo em Perspectiva, n. 18(2): São Paulo, 2004.

FERREIRA, Iverson Kech. O custo do direito e a reserva do possível, Revista Judiciária Paranaense, Curitiba-PR, Ano XI, n.12, nov. 2016. Disponível em: <<https://iversonkfadv.jusbrasil.com.br/artigos/466707908/o-custo-do-direito-e-a-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 05 mai 2020.

FILHO, Ilton Norberto Robl. Constituição mexicana de 1917 e os avanços dos direitos sociais no Brasil. Cuest. Const., México, jun. 2017. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000100361&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 02 set. 2019.

FERREIRA, Ruan Espíndola. Políticas Públicas e Limites ao Poder Discricionário. Análise da STA- AGR 175. Revista de direito da UFU- Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 41, n. 01, p. 01-29, jan./jun. 2013.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. LTC Editora. Edição do Kindle.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral, 14. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Direitos metaindividuais não são heterogêneos. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 25, n. 308, p. 232-239, fevereiro 2015

GARCIA, Nei Gomes. Cláusulas Pétreas – Direitos Sociais. Páginas de Direito: Porto Alegre, 2002. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/126-artigos-abr-2003/3495-clausulas-petreas--direitos-sociais>>. Acesso em: 14 jul. de 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. CARNIO, Henrique Garbellini (col.). Teoria da ciência jurídica. 2 ed., Saraiva: São Paulo, 2009.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São paulo: WMF Martins Fontes, 2019 Edição Kindle.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A indisponibilidade do direito fundamental à proteção do meio ambiente. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 153-173, out. 2017. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1015>>. Acesso em: 24 Fev. 2020.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Políticas públicas no Estado constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

LUCENA, André Augusto Arraes Coêlho de; LUCENA, Débora Raquel Arraes Coêlho de; DANTAS, Vinícius de Medeiros. Questionário sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). DHNet [S.I.]. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/questionario.html>> Acesso em: 23 out. 2019.

MADISON, James.; HAMILTON, Alexander.; JAY, John. O Federalista, Tomo Primeiro. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840.

Magna Carta. Disponível em <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acessado em 18 mar. 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 8, p.89-104, 31 mar. 2017. Unibrasil centro Universitário.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Grandra Silva. O princípio da indiferença. Jornal Carta Forense, mar/2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-principio-da-diferenca/987>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

MARTINS, Leonardo. (Organização e introdução, coletânea original de J. Schwbe). Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. Sobre a teoria dos custos dos direitos. Revista Quaestio Iuris, [s.l.], v. 9, n. 2, p.695-722, 25 mai. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. Direito à saúde e reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2015.

MOREIRA, Alinie da Matta. As restrições em torno da reserva do possível; uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MUNIZ CALDAS, Diogo Oliveira. A contraposição da teoria dos custos de direitos e do mínimo existencial no campo da judicialização dos direitos fundamentais. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 67-79, jan. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/250>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à Saúde: Da (In)Efetividade das Políticas Públicas à Sua Judicialização Como Forma de Garantir o Mínimo Existencial. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 77-99, jul. 2011. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2678/2572>>. Acesso em: 11 set. 2020.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 184-206, jul./dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 1, n. 2, p. 137-150, mai/ago 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf> Acesso em: 06 jul. 2020.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, 2008. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Direitos Fundamentais Direitos sociais no Estado Democrático de Direito (parte 1), Consultor Jurídico, 2014 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-15/direitos-fundamentais-direitos-sociais-estado-democratico-direito-parte#top>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____; O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência. Conjur, Porto Alegre, 08 mai. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com

base nos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia. 2ªed, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n 45 DF. Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 10 mar. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul. 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 13 Fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v177.1989.46113>.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, Dec. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 06 Mai 2020. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>.

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. Kriterion, Belo Horizonte, v. 54, n. 127, p. 197-210, Junho 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011&lng=en&nrm=iso. acesso em 09 Jul. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0100-512X2013000100011>.