

A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DIANTE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Paula Soraia B. de Oliveira, Raimundo Nonato M. de Castro, Vinicius V. R. Miguel

RESUMO: O artigo pretende expor como a Corte Suprema Brasileira, inspirada pela Constituição Federal de 1988, se posiciona, enquanto guardiã derradeira dessa Constituição, no acolhimento dos direitos subjetivos fundamentais sociais, em função da alegação, mormente feita pelo Poder Executivo, do princípio da Reserva do Possível.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Direitos Sociais; Eficácia das normas constitucionais. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. Escassez de recursos.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, a conquista dos direitos fundamentais sociais é fundamentada, em lutas sociais na busca de condições de vida que sejam compatíveis com o primado da dignidade da pessoa humana. Baseado nessa premissa que o Estado precisa desenvolver políticas públicas com vistas a proporcionar prestações positivas, mormente aos desfavorecidos, tencionando reduzir as desigualdades entre os indivíduos. Os direitos fundamentais sociais se deparam com relativa dificuldade para sua satisfação. Nessa direção, o presente artigo discorrerá sobre a atuação do Poder Judiciário, mais notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF), como legislador positivo nos casos em que o Poder Público se mantém insensível quanto à realização dos aludidos direitos. Envidaremos esforços para demonstrar a posição defendida pelo STF quando, para a não consecução desses direitos, o Poder Público, mormente o Poder Executivo, se vale do Princípio da Reserva do Possível e da escassez de recursos. O debate central será saber de que maneira a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais pode ser alcançada, bem como, qual o papel do Poder Judiciário nesse conflito.

2. O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há, como sabemos, um consenso doutrinário sobre em que momento histórico surgem os direitos fundamentais do homem, todavia, este guarda íntima relação com o nascimento do Constitucionalismo Moderno. Sua evolução está diretamente ligada ao

¹ Acadêmicos do curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia. Licenciados em Língua Vernácula pela UNIR.

² Mestre em Direitos Humanos e Política Internacional, advogado e professor da Faculdade Católica de Rondônia.

desenvolvimento do Estado Moderno e aparecimento do Estado Constitucional: “sua essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”¹ (SARLET, 1998, p. 36). O Estado Liberal abraçou a teoria da separação dos poderes, concebida por Aristóteles, em sua obra “A Política” e elaborada e desenvolvida pelo Barão de Montesquieu, em seu “O Espírito das Leis”, principiando, assim, a importância dos direitos fundamentais frente ao Estado. Há que se considerar que, tanto a Revolução Americana (1776), quanto a Revolução Francesa (1789), respectivamente, deram seu quinhão de contribuição para que os direitos civis e políticos, definidos como direitos fundamentais de 1ª geração, fossem constitucionalizados. Ancorado nas bases da legalidade e da separação dos poderes, a formação do Estado Liberal, voltou-se para assegurar a liberdade, a propriedade e a segurança das pessoas, deixando de responder às demandas apresentadas em decorrência das desigualdades sociais existentes, redundando e fazendo apologia por um Estado mínimo (BONAVIDES, 2004; DALLARI, 2007).

Com a Revolução Industrial, que consistiu em um conjunto de mudanças tecnológicas com grande impacto no processo produtivo, em nível econômico e social, em meados do século XVIII, há o marco determinante do Estado Liberal. Esse modelo de Estado não-intervencionista, seja na dimensão econômica ou social, permitiu a formação de um profundo abismo entre operários e empregadores, dando ensejo às reivindicações operárias, que se arrastaram por todo o século XIX. Tais movimentos trabalhistas ganham força e corpo no princípio do século XX, sob forte influência dos movimentos socialistas, em razão das desigualdades impostas pelo sistema capitalista de produção, surgem as primeiras constituições que trazem em seu bojo um conteúdo de direitos sociais, “a Constituição do México de 1917, a Constituição Soviética de 1918 e a Constituição Alemã de 1919”² (DALLARI, 2007, p. 212). A partir de tais constituições, tem-se início a preocupação com a redução das desigualdades sociais e a demanda por reconhecimento de novos direitos aos cidadãos, como o direito à educação, à assistência social, à previdência social e à saúde.

As idéias propostas pelos ideólogos do Iluminismo e de correntes filosóficas posteriores (Rousseau, Hegel, Marx e Engels) traziam, em seu interior, uma compilação e o pleito pela ampliação dos direitos do homem. Tais direitos, em segundo momento, substancializados em direitos sociais, levariam a aniquilação do arquétipo de Estado Liberal. Deste ponto em diante, os ditos direitos fundamentais de segunda geração, passariam a

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

constituir o *corpus* das constituições. Diferente dos direitos civis e políticos, que, ao menos inicialmente, pedem uma prestação negativa (*non facere*), os direitos fundamentais sociais requerem prestações positivas (*facere*) por parte do Estado para consubstanciar sua concretude. Na procura pela promoção da igualdade material entre as pessoas, o Estado Social será, marcadamente, caracterizado em face da adoção desses novos papéis³ (BONAVIDES, 2003, p. 564). O prestígio dos direitos fundamentais sociais foi solidificado pelo Estado Social, entretanto, ainda podemos verificar a existência de uma grande lacuna entre a declaração desses direitos e sua concretização efetiva, que se originam nas deficiências financeiras dos Estados, alegadas, mormente, pelos chefes dos poderes executivos e que, nos ensinamentos de Paulo Bonavides, “não condiz[em] com a realidade constitucional contemporânea”⁴ (BONAVIDES, 2004, p. 9).

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: EFETIVAÇÃO E MANUTENÇÃO

A diferenciação dos direitos fundamentais em gerações (ou dimensões), que os teóricos do constitucionalismo procuram justificar em razão de elementos históricos, mantém importância ao passo que demonstram que a evolução desses direitos está intrinsecamente unida às batalhas havidas no decorrer do alargamento e refuncionalização do Estado Moderno. Robert Alexy⁵, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, expõe que, além da classificação dimensional (de gerações), se faz necessário uma abordagem dos direitos fundamentais sob o olhar de um critério funcional, que, dependendo do mister que é desempenhado no caso concreto, devem ser divididos em (i) direitos de defesa ou (ii) direitos prestacionais. Concebe Alexy que os direitos de defesa, em função da liberdade do cidadão, invocam uma certa abstenção do Estado (*non facere*), enquanto os direitos prestacionais, por seu turno, demandam uma ação positiva (*facere*) por meio do Poder Público. Através dessa bifurcação, é presumível enxergar a predominância dos direitos sociais como direitos prestacionais, os quais caracterizam, sobremaneira, o Estado Social, que ao contrário do Estado de defesa, que se contenta com uma abstenção por parte do Poder Público, marca característica do Estado Liberal, invoca uma conduta positiva do Estado, a qual se reveste na prestação de um bem ou de um serviço. Nesse diapasão, Joaquim José Gomes Canotilho define que “os direitos prestacionais significam, em sentido estrito, os direitos dos particulares

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

obterem algo por meio do Estado (educação, saúde, assistência social, entre outros)”⁶ (CANOTILHO, 1988, p. 654). Através da doura análise de Jairo Schäfer (2005), podemos verificar, de forma transparente, como se desenvolve essa idéia:

Nem todos os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos prestacionais. Dentre eles pode haver típicos direitos de defesa, os quais requerem apenas uma abstenção estatal, como é o caso dos direitos à liberdade de associação sindical, o direito à greve etc. Essa constatação, todavia, não desqualifica a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações⁷ (SCHÄFER, 2005, p. 44).

A materialização dos direitos sociais fundamentais esbarra em duas situações distintas, a saber: (i) os limites impostos pelo princípio da separação dos poderes e (ii) a discricionariedade administrativa. Mas aí não se finda, pois “existe também a problemática de natureza econômica, a qual não é presente, de forma tão contundente, nos direitos de defesa, o que ocasiona reflexos distintos em termos de eficácia e efetividade”⁸ (CALIENDO, 2008, p. 196). Estabelecida a diferença entre os direitos prestacionais e os direitos de defesa, entende-se que estes, simplesmente por se materializarem com o não fazer por parte do Estado, não sugerem tantos problemas quando de sua aplicação. Em contrapartida, os direitos sociais prestacionais, por reivindicarem atividades de fazer por parte do Estado, com o investimento de dinheiro público, se deparam, não raras vezes, com obstáculos para sua real efetivação. Dito isto, passemos agora a analisar as possibilidades de efetivação e manutenção desses direitos prestacionais sociais de que falamos. O laureado professor e constitucionalista português Gomes Canotilho, nos ensina que a efetivação dos direitos prestacionais sociais se caracterizaria por quatro situações, a saber:

1ª. gradualidade de realização; 2ª. dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; 3ª. pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas realizadoras destes direitos; 4ª. pela inusctibilidade do controle jurisdicional dos programas jurídico-legislativos, salvo nos casos específicos de inconstitucionalidades⁹ (CANOTILHO, 2004, p. 108).

Isto posto, é possível inferir que é sob o ângulo da gradualidade e não do retrocesso que a cláusula da reserva do possível deve ser levada a cabo. Essa ideia deve-se

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

⁷ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸ CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. “Metodologia Fuzzi” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

coadunar com as questões de disponibilidades orçamentárias e financeiras do Estado, porém, não deve deixar à mera vontade do legislador a alocação dos recursos que se destinam à manutenção dos direitos sociais. Por outro lado, é cediço que a conservação e custeamento dos direitos sociais é, de certa forma, dever extremamente oneroso ao erário. Para que o Estado Social possa desempenhar esta função, precisamos observar quatro condições, que, nos dizeres de Osvaldo Ferreira de Carvalho, são: “**a**) recursos financeiros necessários e suficientes; **b**) estrutura da despesa orientada para o financiamento dos serviços sociais e investimentos produtivos; **c**) orçamento público equilibrado de forma a controlar o déficit das despesas, evitar a inflação e controlar o valor da moeda e, por último; **d**) o crescimento do Produto Interno Bruto em valor médio ou elevado” (CARVALHO *et al.*, 2009, p. 8).

Procuramos até agora contextualizar, historicamente, tomando por empréstimo a visão de doutrinadores nacionais e internacionais, o tema dos direitos prestacionais sociais, bem como sua origem, aplicação e manutenção em face do princípio da reserva do possível. Passaremos, doravante, a uma abordagem nacional.

4. EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Durante o desenvolvimento constitucional no Brasil, podem e devem ser distinguidas, três fases históricas, com base em valores políticos, jurídicos e ideológicos, que se afirmam nas Cartas Constitucionais. Segundo Paulo Bonavides:

a primeira fase, a do Império, esteve vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, a da Primeira República, estava ligada ao modelo estadunidense do norte; e, a terceira, a do Estado Social, que ainda vige, nos apresenta características marcantes do constitucionalismo alemão do século XX.¹⁰ (BONAVIDES, 2003, p. 571)

Dada a extensão da matéria, cuidaremos de fazer uma breve análise dos preceitos sociais contidos na Constituição Federal de 1988. Com o rompimento ao período político anterior, formou-se uma ideologia de contraposição nos ambientes econômicos e sociais. No texto da Constituição nacional, coexistem valores do liberalismo econômico, fato que expressa uma variedade de interesses e de posturas ideológicas presentes no seu processo constituinte. As forças políticas liberais tradicionais, de um lado, e de outro, as aspirações populares por justiça social. Paulo Henrique Rocha Scott, teorizando sobre as injustiças constitucionais, asseverou que:

a Constituição vigente, seguindo na linha inaugurada pela Constituição de 1934, buscou atenuar as injustiças surgidas a partir das opressões sociais e econômicas do

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

regime liberal clássico, o que a aproxima bastante de um projeto estatal do tipo Estado Social ¹¹ (SCOTT, 2000).

O Estado brasileiro desempenha os papéis de agente normativo e de agente regulador da atividade econômica, exercido através das funções de fiscalização, incentivo e planejamento. A economia brasileira pode ser considerada de natureza capitalista, voltada, entretanto, para a construção de um modelo de Estado Social. A Constituição de 1988 é fundamentalmente, em muitas de suas extensões capitais, uma Constituição do Estado Social e “o novo texto constitucional imprimiu uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, além de garanti-los” (BONAVIDES, 1996, p. 40). A instalação dos poderes resgatou a teoria tripartite do Barão de Montesquieu, assegurando, o texto constitucional vigente, que os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si. A teoria dos freios e contrapesos, importada do constitucionalismo dos Estados Unidos da América, é empregada para a garantia de que não haja ingerência na performance de um poder sobre o campo de competência do outro. Através de nossa Lei Maior, determinou-se como regime político o Estado Democrático de Direito. O primeiro permite ao povo uma real participação na metodologia de formação da ambição pública, enquanto o último, se autolimita à realização plena das leis às quais todos estão, diretamente, subordinados. Dito isto, podemos inferir que o Estado Democrático de Direito se alicerça na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

4.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional soberano que adiciona em torno de si os demais direitos e garantias fundamentais do homem, tracejados na Constituição de 1988. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, **mas também os direitos sociais**, entre outros (g. n.). É possível que tenha sido em função dessa assertiva que Francisco Fernandez Segado apregoou: “Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que de la Constitución proclama, de una u de otra forma, se encaminan a posibilitar es desarrollo integral de la persona exigido por la própria dignidad de la misma”¹² (SEGADO, 1992, p. 1053). Quando o texto constitucional proclama a dignidade da pessoa humana, está consubstanciando um imperativo de justiça social. É o valor constitucional

¹¹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

¹² SEGADO, Francisco Fernandez. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.

supremo, no sentido de que abraça três dimensões, como nos orienta Antônio Enrique Pérez Luño, a saber: “1ª fundamentadora, 2ª orientadora e 3ª crítica”¹³ (LUÑO, 1988, p. 284).

A primeira diz respeito ao núcleo fundamental e informativo do sistema jurídico positivo, a segunda institui metas ou desígnios predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obste a consecução dos fins enunciados pelo sistema valorativo constitucional e, por fim, a terceira diz respeito às condutas. Os valores constitucionais compõem, portanto:

o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da constituição e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade¹⁴ (LUÑO, 1988, p. 286).

A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consigna um sobreprincípio, ombreado os demais pórticos constitucionais, como o da legitimidade, art. 5º, II; o da liberdade, art. 5º, XIII; o da moralidade administrativa, art. 37, entre outros. Sua observância é, pois, fundamental e obrigatória para interpretação de qualquer norma constitucional, em face da força centrípeta que adquire, atraindo em redor de si o conteúdo de todos os direitos básicos, subjetivos e inalienáveis do homem. Nesse mister, o constituinte consagrou a igualdade de todos perante a lei, art. 5º *caput*, determinando que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal, art. 5º, LIV e nenhuma pena passará da pessoa do réu, art. 5º, XLV. Demais disso propalou que a lei só retroagirá para beneficiar o réu, art. 5º, XL, a ordem econômica deve **garantir a todos existência digna**, art. 170 e a ordem social deve **manter o senso de justiça** (g. n.). De uma forma ou de outra, quer queiramos ou não, a dignidade da pessoa humana é o elemento norteador dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque lhe impregnou com a intensidade de sua força. Destarte, condicionou a atividade do intérprete.

Para corroborar, insta lembrar que a constitucionalização da dignidade da pessoa humana vem modelada em diversos ordenamentos jurídicos mundiais, o que nos faz ver que o homem é o centro, fundamento e fim das sociedades contemporâneas. Para exemplificarmos: a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, em seu art. 1º, destacou a dignidade da pessoa humana; a Constituição Portuguesa, de 1978, igualmente em seu art. 1º assegurou a dignidade da

¹³ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 1988.

¹⁴ LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 1988.

pessoa humana e a Declaração Universal dos Direitos humanos, de 1948, determina que a dignidade da pessoa humana é tida como inerente a todos os membros da família, fundando-se na liberdade, na justiça e na paz pelo mundo. Ora, se o Texto Constitucional pátrio consagra esses direitos, que aqui definimos como direitos sociais prestacionais, como lédimas garantias fundamentais do indivíduo, deverá o Poder Público criar e implementar políticas públicas de modo a não permitir que essas normas sejam apenas, ou meramente, normas programáticas.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A locução Direitos Sociais vem à baila na Constituição de 1988, inaugurando o capítulo II, do título I. Em função de ser plurissignificativa, é difícil determiná-la. Assim, o seu sentido poderá variar a depender do contexto que for empregada. Quando o constituinte optou pela terminologia direitos sociais a aproveitou no sentido estrito, fez assim em função de ambicionar acolher os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real. Vislumbrou os mais velhos, os desamparados, os portadores de deficiência, as crianças, sem deixar à míngua os hipossuficientes, para que o bem estar social não ficasse restrito aos grupos dirigentes.

O modo mais congruente de obtermos o sentido, o alcance e a compreensão dos direitos sociais, na metodologia adotada pela Carta de 1988, parte do juízo de que o conflito entre indivíduo e sociedade leva a uma idéia mais estreita de direito social. A adjetivação social, que qualifica o direito, opõe-se, pois, ao ser singular, para dar lugar ao interesse maior da sociedade, ainda que se esteja tratando de interesse nitidamente do indivíduo, ostentado em si mesmo. O que a Constituição busca é a satisfação do interesse particular, através de prestações positivas do Estado, sem que isso leve ao sacrifício de toda a comunidade. Então, quando surgir em frente de uma manifestação de direito, em seu aspecto individual, um interesse concernente à coletividade, deverá aquela deixar de ser atendida, para dar lugar à exigência do direito social. Assim, os Direitos Sociais são aqueles que sobrelevam a esfera do particular para alcançar o todo, assumindo uma visão de conjunto e generalidade. A sua concepção deflui, com magnitude, sempre que for confrontado um interesse individual com um metaindividual, e vice-versa. Em razão disso funcionam como legítimas liberdades ou prestações positivas, vertidas em cláusulas de cunho constitucional.

5.1. Direitos Fundamentais Sociais na CF de 1988

A Constituição de 1988 inaugura, de maneira expressa, variado volume de direitos sociais. Em tese, a aludida Carta segue a tradição manifestada pela Constituição de 1934, a qual, de forma inédita compreendeu os direitos sociais no respectivo texto. Sob grande influência européia, a Carta de 1934 trazia um capítulo específico sob o título “Ordem Econômica e Social”. A tradição de reservar um capítulo exclusivo à ordem econômica e social foi professada pelas Constituições que se seguiram e apenas irrompida pela Constituição de 1988. Esta última adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história constitucional brasileira. Demais disso, a Carta Federal vigente conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos especiais de controle de omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), que se destinam a “preencher eventuais lacunas na concretização de direitos, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender às determinações constitucionais”¹⁵ (MENDES, 2011, p. 681).

Nos termos do art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados” (art. 6º, CF). É sabido que a introdução da alimentação na relação dos direitos sociais foi protagonizada pela Emenda Constitucional nº 64/2010, depois de ampla e forte campanha do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Em conformidade com esse órgão, a inclusão explícita do direito à alimentação no campo dos direitos fundamentais fortaleceria o conjunto de políticas públicas de segurança alimentar em andamento, uma vez que em alguns dos seus dispositivos a CF já fazia referência à alimentação: art. 200, 208, 227, além de estar em consonância com vários tratados internacionais dos quais o país tome parte.

5.2. Direito à saúde

A Carta Magna de 1988 é a primeira Constituição do Brasil a consolidar o direito fundamental de proteção à saúde; as anteriores traziam apenas disposições esparsas sobre o tema, como por exemplo a de 1924, a qual fazia vaga referência à “proteção de socorros públicos” (art. 179, XXXI). Nossa atual Constituição não apenas prevê expressamente os

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

direitos fundamentais sociais (art. 6º)¹⁶, nomeando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217 etc.), como também não faz diferença entre direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º CF/1988). É correto afirmar, então, que os direitos fundamentais sociais foram dispostos na Constituição da República de 1988 como legítimos direitos fundamentais. Portanto, as demandas que visem a efetivação das prestações de saúde devem ser sanadas com o olhar de nossa Constituição e de suas particularidades. Portanto,

ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstância específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Para tanto, há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde¹⁷ (MENDES, 2011, p. 685).

5.3. Âmbito de proteção do direito à saúde

A saúde está resguardada como direito no art. 196 da Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Identifica-se no mandamento constitucional que emana do art. 196, que o direito à saúde é tanto individual quanto coletivo; não podemos, pois, dizer que esta norma, por se tratar de norma de cunho social se traduz em mero conteúdo programático, vez que, se assim o fosse, estaríamos negando a forma normativa da Constituição.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, destacou a grandeza individual do direito à saúde na oportunidade em que foi relator do AgR-RE nº 271.286-8/RS, ao dar provimento ao direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado a todas as pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica de obrigatoriedade. Observou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente”, impondo, dessa forma, aos Estados um dever de prestação positiva. Finaliza dizendo que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços

¹⁶ Art. 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

de saúde (CF, art. 197)”, dando legitimidade ao Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em epígrafe¹⁸.

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Na visão de muitos doutrinadores, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o consolide, visão essa desposada pela jurisprudência pátria. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promova, protejam e recupere a saúde. Resta inequívoca observação que o ditame constitucional deixa transparecer que, para além do direito fundamental à saúde, há imperativo dever de prestação de saúde por parte do Estado. Desse contexto observa-se que o dever de promover políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está normatizado no art. 196 da CF. Logo esta é uma atribuição comum aos entes federados, consoante art. 23, II, da nossa Carta Maior.

A segurança mediante políticas sociais e econômicas reserva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que efetivem o direito à saúde por intermédio de eleições alocativas. É irrefragável que, além da necessidade de se disseminar recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, uma vez que sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou o retorno de uma já desaparecida. Essas políticas, naturalmente, visam à redução do risco de doenças, evidenciando sua dimensão preventiva. Essas ações foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo art. 198, II, da CF¹⁹. O núcleo de alcance dessas políticas é amplo.

O constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços de saúde, o que obriga a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), garantindo inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”²⁰. Um assunto que pode, pacificamente, ser incluído na relação das políticas públicas para acesso universal ao sistema de saúde é a quebra da patente de medicamentos. Aqui no Brasil, esta quebra foi utilizada como meio de alicerçar

¹⁸ AgR-RE nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12-09-2000.

¹⁹ 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:

I...

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

²⁰ Art. 7º, IV, da Lei nº 8.080/1990.

a política pública, dando maior efetividade ao direito de proteção à saúde. Um exemplo clássico foi a quebra de patente de medicamentos para o tratamento de pacientes com AIDS e o Programa Nacional de DST. Antes desse acontecimento, o deferimento de pedidos para obtenção dos aludidos medicamentos era comum acontecer no STF, e os custos com sua aquisição altíssimos.

O esboço do direito de proteção à saúde no Brasil leva a rematar que os problemas de força social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, o que alude também à composição dos orçamentos dos entes federados, do que à ausência de legislação específica. Em outras palavras, parece-nos que o problema não é de falta, mas de execução de políticas públicas por parte dos entes da Federação. Numa visão global, o direito de proteção à saúde se efetiva em função de ações específicas (individual) e em face de amplas políticas públicas que tenham por norte a redução do risco de doenças ou de outros agravos (coletiva). Nesse diapasão, conforme nos ensina o Dr. Gilmar Mendes “as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas em ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimentos”²¹ (MENDES, 2011, p. 688).

6. A ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível tem um conceito problemático, mais polêmico que o do mínimo existencial. Tem sido invocada, não raras vezes, pelo Poder Público para se sonegar à concretização de direitos fundamentais e ainda se figuram como inexistentes os critérios objetivos para delimitá-la. Contudo, quando se trata de direitos fundamentais, é evidente que é necessário reconhecer a existência de uma maior restrição ao espaço de conformação do legislador, como também considerar a existência de alcances à discricionariedade do administrador (SOUZA, 2007). Em análise acerca da justiciabilidade dos direitos sociais, Andreas Krell²² faz uma crítica da adaptação do conceito de reserva do possível da jurisprudência e doutrina alemãs para a realidade constitucional brasileira, a qual, sem precisar muito teorizar, tem peculiaridades, tanto normativas como sócio-econômicas inteiramente diferentes, elaborando importantes exposições a respeito:

²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

Parece difícil que um ente público não possa conseguir ‘justificar’ sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembléias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente de levá-lo a sério. Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de redistribuição de renda do mundo, o conceito da redistribuição de recursos ganha uma dimensão completamente diferente (KRELL, 2003, p. 45 e ss).

Destarte, para ele, “a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode, absolutamente, ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado” (KRELL, 2003, p. 45 e ss). Afiança ele, ainda:

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social) (KRELL, 2003, p. 45 e ss).

O nosso entendimento é que a reserva do possível pode e deve ser ponderada nos concisos termos em que o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu o conceito: o que se deve razoavelmente esperar do Estado. Porém, também defendemos a ideia de que tal conceito se transforma no tempo e no espaço, mas funciona como um limite, que tem o condão de existência, das expectativas dos indivíduos em relação à contribuição do Estado para sua realização existencial. Ana Paula de Barcellos ampara a possibilidade de interferência do Judiciário na alocação de recursos orçamentários, bem como no atingimento das metas definidas pelo próprio poder político e, ainda, no controle da eficiência mínima de políticas públicas. Evidencia ela que:

Os controles judiciais devem assumir formas que não substituam as deliberações dos órgãos políticos, bem assim que fomentem o controle social (e não o substituam), fornecendo informações relevantes para solução do problema. Para a jurista carioca, “não é possível que as esperanças todas sejam transferidas ao Judiciário. Deve-se criar condições para um efetivo controle político-social”²³ (BARCELLOS, 2001, pp. 204–205).

A reserva do possível tem sido objeto de estudos também na doutrina brasileira. Ingo Wolfgang Sarlet²⁴ (1998), como já citado, trabalha com dimensão tríplice da

²³ BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

reserva do possível: 1. efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; 2. disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e 3. razoabilidade daquilo que está sendo pedido”. Para esse autor, a reserva do possível não impede o poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais” mas deve fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos. Oportuno lembrar que o fato de os direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério. Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição, antes é um dever. Em que pese haver um entendimento unânime tanto da doutrina quanto da jurisprudência, quanto à admissão de discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua realização é uma obrigação constitucional e o não cumprimento pressupõe uma argumentação, no mínimo razoável, da parte dos poderes políticos.

7. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Verificando-se a ocorrência de políticas públicas que consubstanciam o direito constitucional à saúde, caberá ao Judiciário, diante de pleitos como os que pedem o fornecimento de medicamentos, diagnosticar quais as razões que levaram a administração a não conceder tal prestação. Ora, se por um lado não compete ao Judiciário fomentar políticas sociais e econômicas na área da saúde, por outro é imperioso que fiscalize se as políticas desenvolvidas pelos órgãos competentes atendem ao chamamento constitucional do acesso igual e universal. Consoante ilações de Gilmar Mendes *et alli*²⁵, abordando o tema da judicialização do direito à proteção da saúde, infere-se que:

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas Estaduais ou Municipais, mas não estarem sendo fornecidos à população por problemas de gestão: há política pública determinando o fornecimento do medicamento requerido, mas, por problemas administrativos do órgão competente, o acesso está interrompido (MENDES, 2011, p. 707).

Em eventos como este, o cidadão, individualmente considerado, não poderá ser penitenciado por ato impotente da administração ou pela omissão do gestor da referida área em adquirir tais medicamentos considerados primordiais, em quantidade satisfatória para atender às necessidades. Neste caso, não resta dúvidas, que caberá ação do Judiciário para fazer valer o direito. Por outro turno, é possível que o Sistema único de Saúde (SUS) não

²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

forneça o medicamento prescrito especificamente, mas disponibilize um análogo, cuide da mesma doença com outros fármacos, neste caso não há se falar em omissão por parte do Poder Público. Confirmada tal situação, far-se-á o exame dos motivos que impedem o cidadão de usar a droga escolhida pelo SUS e adotado um critério de ponderação, verificar-se-á a razoabilidade do fornecimento requerido. É cediço que simples questões burocráticas não podem prejudicar a vida nem a saúde da população. Isto posto, analisado, no caso concreto, que o cidadão epigrafado não pode, de fato, administrar os medicamentos fornecidos pelo órgão público, por motivo justificável, será razoável que, para este paciente, seja fornecida outra droga, desde que esse novo custo não inviabilize todo o sistema de saúde.

Problemas muito delicados colocam-se quando, diante da existência de medicamento registrado pela ANVISA, mas que não constam das listas do SUS, e não há outro disponível para tratar determinada patologia. Nesse aspecto, a Ministra Ellen Gracie, quando na presidência do Supremo Tribunal Federal, entendeu que, no caso específico tratado pela STA (Suspensão de Tutela Antecipada) 91/AL²⁶, o Estado de Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer medicamento que não constava na lista do SUS, fato este que alterou a ordem e posicionamento que o STF vinha adotando até então.

7.1. A Proteção aos Direitos Sociais

As políticas públicas para consolidação de direitos sociais exigem, na maioria das vezes, investimentos públicos; esse é o cerne da questão da exigibilidade judicial dos direitos sociais, uma vez que uma decisão judicial, para garantir determinado direito social, pode obrigar o Estado a realizar gastos intempestivos e, uma vez que os recursos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todas as pessoas os direitos que a Constituição prevê, não raras vezes a Administração não dispõe dos recursos necessários para atender a decisões judiciais sem prejudicar a garantia de outro direito que a Administração entende ser, de igual forma, importante. A falta de recursos requer que o Estado faça opções, o que implica preferências e que, por seu turno, pressupõe preteridos. A disputa que a exigibilidade judicial dos direitos sociais acende é a possibilidade daqueles que foram preteridos de buscarem, por meio do poder Judiciário, a garantia de seus direitos e saber se esse Poder teria legitimidade democrática, capacidade constitucional e formação técnica para realizar essa tarefa.

Cumpre salientar que a falta de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer do

²⁶ STA 91/AL, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 5-3-2007.

Estado. Pode-se inferir que até os direitos de primeira dimensão, também conhecidos como direitos negativos, por exigirem uma não intervenção estatal, de fato também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de investimento público. Vale observar que uma jurisprudência coesiva nessa matéria pode trazer bons aportes, quer para a administração pública, que terá maior previsibilidade para planejar as políticas públicas, quer para o cidadão, que terá mais segurança e tranquilidade daquilo que pode exigir do Judiciário, quer para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros para decidirem.

7.2. O Supremo Tribunal Federal e o Direito de Proteção à Saúde

Os arrabaldes do direito de proteção à saúde vêm sendo ampliados em muitas decisões do Supremo Tribunal Federal. Aludem a muitas espécies de prestações, como provimento de medicamentos, suplementos alimentares, próteses, criação de vagas em UTIs, contratação de servidores da saúde, realização de exames e cirurgias, custeio de tratamento fora do domicílio, entre outros. No RE 195-192-3/RS, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que as responsabilidades pelas ações e serviços de saúde é, concorrentemente, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse diapasão, o acórdão foi emendado da seguinte forma:

“SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”²⁷.

No mesmo sentido, no RE-AgR 255.627-1, o então Ministro Nelson Jobim apartou a alegação do Município de Porto Alegre de que não seria responsável pelos serviços de saúdes que demandassem custo elevado. O Ministro, ancorado no precedente do RE 280.642, no qual a 2ª Turma havia decidido questão similar, negou provimento ao Agravo Regimental do referido Município:

(...) A referência, contida no preceito, a ‘Estado’ mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o *caput* do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se medicamentos

²⁷ RE 195-192-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 22-2-2000.

excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O Município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede que fique assentada a responsabilidade do Município²⁸.

Mencionada decisão aconselha que a complexidade ou os custos com tratamento não é suficiente para afastar a responsabilidade do ente estatal, neste caso específico, o Município. Anote-se que a arguição da transgressão à separação dos Poderes não releva a inércia do Poder Executivo em cumprir com seu dever constitucional de garantia do direito à saúde, validamente instituído pelas regras que norteiam o SUS. Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, registramos um trecho do voto do Ministro Celso de Mello em decisão proferida na ADPF-MC 45/DF:

(...) 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.

Cumpra 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.²⁹

Infere-se daí, que o administrador não age na implementação dos serviços de saúde com ampla e plena discricionariedade, haja vista existir políticas governamentais já implementadas que o vinculam. Por esse turno, o Judiciário, ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões do poder público. É, também, de relevante importância trazer à baila, que o STF já apreciou a possibilidade da realização da denominada “diferença de classe”, a qual consente que o usuário do SUS arque com uma diferença de valores e angarie uma prestação de serviços em um padrão distinguido do normalmente fornecido pela rede

²⁸ RE-AgR 255.627-1, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 21-11-2000.

²⁹ ADPF-MC 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4.5.2004.

pública de saúde. Vale lembrar que o STF considerou essa possibilidade constitucional.

Assim:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 196 E 199 DA CONSTITUIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA COM AQUELES PRESTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA. PAGAMENTO DE DIFERENÇA PELO PACIENTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ÔNUS ADICIONAL PARA O SISTEMA PÚBLICO. I – O indivíduo tem liberdade para utilizar, conjunta ou exclusivamente, do atendimento prestado pelo serviço público de saúde ou daquele disponibilizados por entidades particulares. II – Inexiste ofensa à Constituição no fato de o paciente, à custa de recursos próprios, complementar com o serviço privado o atendimento arcado pelo SUS. III – Agravo regimental improvido.³⁰

Pelo o exposto nesse tópico, os julgados do STF, via de regra, indicam uma concordância com a solicitação de medicamento sem grandes considerações sobre escassez de recursos, valores dos direitos e reserva do possível. Sempre que um fármaco não era provido havia, no juízo do Supremo Tribunal Federal, uma ressalva injusta ao direito à saúde, inaugurado na Constituição Federal. Essa ressalva permitiria ao Poder Judiciário corrigir uma omissão estatal que infringia esse dito direito fundamental. A ADPF 45, relatada pelo Ministro Celso de Melo traz a constatação de uma análise mais pormenorizada da reserva do possível e chega a afirmar 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” (MELLO, 2004).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há algum tempo o art. 196 da Carta Magna tem sido objeto de interpretação por parte da doutrina constitucional brasileira. Posturas, algumas vezes contrárias, irradiam-se, quer no meio judiciário, quer no meio acadêmico. Tais postulados tencionam deliberar se, como e em que grau o direito fundamental à saúde se transforma em direito subjetivo público a prestações positivas do estado, passível de garantia por via judicial. As desarmonias da doutrina em relação ao âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde advêm, sobretudo do caráter prestacional desse direito e da necessidade de harmonização do que se acordou denominar mínimo existencial e reserva do possível. Em face da dimensão objetiva, igualmente toma destaque a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, que são aqueles direitos fundamentais que estão sujeitos, para sua concretização, de decisões estatais

³⁰ RE 516671/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 6-4-2010.

com vistas à criação e à conformação de órgãos e metodologia indispensáveis à sua realização.

Por esse ponto de vista salientamos as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que “todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos”, dando expressivo realce ao tema da **reserva do possível**, especialmente ao evidenciar a **escassez dos recursos** e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, rematando, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”³¹ (HOLMES & SUNSTEIN, 1999, p. 255). A vinculação de recursos econômicos para a realização dos direitos de caráter social conduz parte da doutrina a defender que os preceitos que consagram tais direitos adotam a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

É, pois, necessário ponderar que a prestação devida pelo Estado, em relação aos direitos sociais, modifica de acordo com o grau de necessidade de cada cidadão. Destarte, enquanto o Estado tem que dispor de certa quantia para prover e garantir a liberdade dos cidadãos globalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis para arcar com as necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Nesse sentido há quem diga que o Poder Judiciário, o qual tem como mister a plenitude da justiça no caso concreto, não reuniria condições, ao examinar determinada aspiração a um direito prestacional social, de analisar as reais conseqüências da destinação dos recursos públicos para uma parte, em detrimento do prejuízo do todo.

Por outro turno, há quem defenda a ação do Judiciário na consolidação dos direitos sociais, mormente no que diz respeito à saúde, argumentando que referidos direitos são indispensáveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, ao menos o mínimo existencial de cada um dos direitos não poderia deixar de ser elemento de análise judicial. Em consonância com esse paradoxo, realça Canotilho, “havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição

³¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

desconfortável”³² (CANOTILHO, 1998, p. 347). Por fim, parece-nos ajuizado rematar que, problemas concretos deverão ser decididos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve e que juízos de avaliação são forçosos nesse contexto de difíceis relações litigiosas entre princípios fundamentais e diretrizes políticas ou entre direitos individuais e direitos da coletividade.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

11. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BULLOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de ; OLIVEIRA, V. F. D ; QUEIROZ, A. F. . O direito alemão e a nova proposta de exigibilidade dos direitos sociais. In: *IV Mostra de Produção Científica da Pós-Graduação Lato Sensu da PUC Goiás*, 2009. p. 1-20.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- KRELL, Andreas J. As Competências do art. 23 CF. Sua Regulamentação por Lei Complementar e o “Poder Dever” de Polícia. *Interesse Público*. Porto Alegre: Editora JCR, 2003.
- LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 4 ed. Madrid: Tecnos, 1988.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *As Constituições Brasileiras e os Direitos Sociais*. Revista CEPEJ, n. 2, jul/dez. 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. Malheiros. São Paulo, 2005. Sítio Eletrônico do STF.

SOUZA, Luciane Moessa de. Reserva do possível X mínimo existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais. In: *XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte - MG. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2007.