

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

A SUBJETIVAÇÃO E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ORIGINÁRIOS A PRESTAÇÕES

SUBJECTIVITY AND JUSTICIABILITY OF RIGHTS ORIGINATING TO BENEFITS

MARCELO ANTONIO THEODORO

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Universidade Federal de Mato Grosso e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da UFMT (PPGD). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Hermenêutica (GConst).

DÉBORA RENATA NUNES RODRIGUES

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Federal de Mato Grosso (PPGD)

RESUMO

Este trabalho tem por escopo versar sobre as funções e classificações dos direitos fundamentais, de modo a demonstrar sua intrínseca relação com a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como discorrer sobre a subjetivação e a justiciabilidade de tais direitos em sua dimensão prestacional (com destaque para o direito à saúde) frente a questões relacionadas com a reserva orçamentária, a reserva do possível e o mínimo existencial, o que afeta diretamente ao princípio da separação dos poderes.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais; Justiciabilidade dos direitos originários a prestações; Direito subjetivo individual à saúde.

ABSTRACT

The purpose of this work is to discuss the functions and classifications of fundamental rights, in order to demonstrate their intrinsic relation with the efficacy and effectivity of fundamental social rights, as well as to discuss subjectivation and justiciability of these rights (in their emphasis on the right to health) regarding issues related to the budget reserve, the reserve of the possible and the minimum existential, which directly affects the principle of separation of powers.

KEYWORDS: Efficacy and effectiveness of fundamental rights; Justiciability of original rights to benefits; Individual subjective right to health.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de exigibilidade dos direitos sociais fez (e faz) emergir inúmeras discussões, que variam de acordo com a positivação efetuada em determinado ordenamento jurídico, a qual percorre as mais diversas formas, quer, a título exemplificativo, como normas de cunho meramente programático ou mesmo como direitos fundamentais.

O versado possui intrínseca relação com a classificação dos direitos como de defesa ou prestacionais, sendo que neste último “grupo” (com ênfase aos em direitos prestacionais em sentido estrito - direitos sociais) reside um dos principais embates, haja vista a justificativa de que a realização dos mesmos se torna, na maioria das vezes, inviável, uma vez que as respectivas demandas são infinitas e os recursos

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

financeiros escassos. Por isso, discorrer-se-á, brevemente, se tal divisão é de fato coerente, bem como sobre sua implicação na concretização dos direitos em destaque.

Nesta esteira, tendo em vista que no Brasil os direitos sociais são reconhecidos expressamente como direitos fundamentais, bem como que as suas respectivas normas, conforme artigo 5º, §1º da CRFB/1988, são dotadas de aplicabilidade imediata, o problema reside em saber qual a eficácia e efetividade desses direitos, o que, somado com a questão anterior, propicia um cenário que não se mostra pacífico na doutrina e jurisprudência.

Desse modo, verifica-se a necessidade de explanar sobre a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, principalmente em sua dimensão prestacional, a qual apresenta um campo fértil para discussões.

Isso porque, dentre os inúmeros problemas atribuídos aos direitos em voga, destaca-se, em um Estado de Direito, a possível violação do princípio da separação dos poderes, o que afeta diretamente a questões como a reserva orçamentária, a reserva do possível e o mínimo existencial, especialmente quando se trata da judicialização de pretensões individuais.

Com isso, chegar-se-á na questão central deste trabalho, qual seja, a análise sobre a subjetivação dos direitos fundamentais sociais (isto é, dos direitos originários a prestações), bem como da justiciabilidade dos mesmos, com ênfase a realização do direito à saúde.

Assim, para discorrer sobre o assunto em tela, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, visto que serão averiguadas, inicialmente, as funções e classificações dos direitos sociais, para, posteriormente, analisar a eficácia e efetividade dos mesmos (para a qual utilizar-se-á a doutrina do direito constitucional pátrio e comparado) e, ainda, investigar se há no âmbito brasileiro a possibilidade de concretização, pela via judicial, de pretensões subjetivas individuais na seara do direito à saúde. O método de procedimento será o monográfico, e a técnica de pesquisa será a bibliográfica.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

2 DIREITOS SOCIAIS: CLASSIFICAÇÕES E FUNÇÕES

No âmbito brasileiro, os direitos sociais, de acordo com José Afonso da Silva (2011, p. 286), “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Tais direitos, conforme explana Vieira de Andrade (2016, p. 358-359), dependendo dos ordenamentos jurídicos, podem ser compreendidos como: princípios políticos; normas programáticas; preceitos indicadores de fins do Estado; princípios jurídicos; normas organizatórias; garantias institucionais; ou direitos subjetivos públicos.

No que tange a vertente que concebe as normas de direitos sociais como meramente programáticas, cumpre destacar que a mesma suscita inúmeras questões, principalmente em razão da defasagem entre o conteúdo da norma de direito social e sua efetiva aplicação, pois, segundo Bobbio (1992, p. 77-78):

Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de direito?

Assim, para alguns, sob a ótica de que as normas de direitos sociais teriam conteúdo apenas programático, caberia somente aos poderes políticos lhes atribuírem efetividade.¹

No entanto, o versado não é pacífico, face do fato de que em alguns ordenamentos os direitos em voga são reconhecidos como direitos fundamentais. O impacto do explanado se faz visível no recorrido por Vieira de Andrade (2016, p. 364-365) ao analisar os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. O referido autor assevera que a força jurídica dos direitos fundamentais sociais se manifesta nos seguintes aspectos: impõe ao Poder Legislativo a concretização das

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

medidas necessárias para tornar viável os preceitos constitucionais, de modo que seu descumprimento poderá ensejar uma inconstitucionalidade por omissão; padrão jurídico de controle judicial de normas, com conteúdo mínimo imperativo, propenso de constituir uma inconstitucionalidade por ação, e fator de interpretação normativa, de modo a preferir a solução (interpretação) mais favorável ao direito fundamental; fundamento constitucional de limitação ou de restrição “de outros direitos fundamentais, em regra, de direitos, liberdades e garantias, designadamente quando a constituição estabeleça deveres especiais de proteção”; e força irradiante, concedendo certa capacidade de resistência (mutável em intensidade) dos direitos derivados a prestações às alterações normativas que provoquem redução do grau de realização dos direitos.

Nesta esteira, cumpre frisar que a adoção das normas que versam sobre direitos sociais como direitos fundamentais ou meramente programáticas, em sua concepção clássica, está intrinsecamente relacionada com a classificação dos direitos em positivos (prestacionais) e negativos (defensivos). Isso pois, em tese, os direitos sociais (tidos como prestacionais) sempre exigem um dispêndio financeiro por parte do Estado (VIEIRA DE ANDRADE, 2016, p. 382). Logo, uma vez que as demandas são infinitas e os recursos finitos, para alguns reconhecê-los como direitos fundamentais, ou seja, direitos subjetivos, pode gerar um considerável problema², haja vista que não é possível que o Estado propicie garantia (efetividade) a todos os direitos tidos como sociais (NOVAIS, 2010, p. 21).

De acordo com a divisão clássica, os direitos são classificados em: direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações, de modo que estes últimos se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo (relacionados a direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais)³, sendo de se ressaltar que a ambas as subdivisões dos direitos a prestações se aplica a distinção entre direitos derivados ⁴ e direitos originários ⁵ a prestações, estando neste grupo outra questão que suscita muitas discussões teóricas (SARLET, 2012, p. 281, 299-300).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

No entanto, a referida classificação não é totalmente válida, pois não há um dualismo absoluto entre as categorias de direitos mencionadas.

A relatividade dessa diferenciação decorre do fato de que a dialética não é antagonista, mas sim de complementariedade, haja vista as dimensões da dignidade humana, em que os direitos sociais são considerados como extensão dos direitos de liberdade (TORRES, 2010, p. 65-66).⁶

Sobre o versado, Abramovich e Courtis (2002, p. 23-27) asseveram a inter-relação dos direitos de liberdade com uma extensa série de obrigações positivas, “vinculadas à manutenção das instituições políticas, judiciais, de segurança e defesa, necessárias como condição do exercício da liberdade individual”. Logo, para os autores, incluir determinado direito em um catálogo ou em outro, se trata mais de uma questão de conveniência.

Neste mesmo sentido argumenta Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 237-238), exemplificando que a diferença central entre o direito à saúde e o direito ao sufrágio universal se pautava no fato de que enquanto as condições (institucionais, legais, materiais) de produção de efeitos dos direitos individuais, em geral, já existem, as referidas condições “para a produção de efeitos dos direitos sociais e de outras normas de chamada eficácia limitada ainda não existem. Aqui (...) a eficácia aproxima-se - e muito - da efetividade”.

Embora seja inegável que a clássica divisão é relativa, conforme discorrido acima, Sarlet (2012, p. 285-286) argumenta que os direitos de defesa possuem uma neutralidade econômico-financeira que se faz visível quando da comparação dos custos dos mesmos com os dos direitos sociais prestacionais, que têm relevância econômico-financeira, de modo que o autor nega a existência desses últimos como economicamente neutros. Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 241) corrobora o versado ao explanar que embora perca sentido a distinção mencionada, é certo que o dispêndio financeiro para a promoção dos direitos sociais é superior ao destinado para os direitos de liberdade.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Com isso, pode-se afirmar que os direitos sociais a prestações se diferenciam dos tidos como de defesa pelo seu objeto e pelos problemas relacionados a sua eficácia e efetividade.

É nesse ponto que ganha relevância o asseverado por Bobbio (1992, p. 24.) de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”.⁷

3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A doutrina formulou diversas teorias para classificar as normas constitucionais segundo o grau de eficácia (capacidade de produzir efeitos) das mesmas.

No Brasil dentre inúmeras teorias formuladas sobre o grau de eficácia das normas constitucionais está a de José Afonso da Silva (1993, p. 07-22), para o qual essas devem ser classificadas em três categorias, quais sejam: a) de eficácia plena (aplicabilidade direta, imediata e integral) – são aquelas que desde a sua entrada em vigor produzem, ou podem produzir, todos os efeitos regulamentados pelo legislador constituinte; b) as normas de eficácia contida (aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral) – são aquelas que possuem eficácia plena, porém trazem em seu bojo que possibilita sua restrição por medidas do legislador infraconstitucional; e c) as normas de eficácia limitada (subdivididas em normas declaratórias de princípios institutos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos) - aquelas cuja produção plena de efeitos depende de regulamentação/ação do legislador ou de outros órgãos estatais.

Sarlet (2012, p. 238) argumenta, com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva, que a eficácia jurídica e a aplicabilidade são noções conexas, pois aquela é tida como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) sendo que a aplicabilidade seria a “realizabilidade”.⁸

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Isso porque a eficácia versada por José Afonso da Silva (1993, p. 07-22) engloba apenas a sua dimensão jurídica. Desse modo a eficácia social ficaria em outro plano, denominado de efetividade. Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 228- 231) faz veementes críticas ao apresentado, pois para ele uma norma só é eficaz se for capaz de produzir seus efeitos na seara jurídica e social, por isso o autor adota a concepção de Tércio Sampaio Ferraz Junior, à qual a norma é eficaz quando a mesma tem condições fáticas e técnicas de atuar.

Entretanto, no que tange a efetiva implantação dos direitos sociais, se faz imprescindível mencionar o discorrido por Sarlet (2012, p. 360), com base na lição de Dieter Grimm, qual seja, “não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais”.⁹

Nesta esteira, é indispensável retomar a classificação referida anteriormente, pois a mesma remete Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 212-213) à análise do disposto no artigo 5º, § 1º da CRFB/1988, no qual está expresso que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Para o autor as disposições do artigo citado são aplicáveis às normas que garantem direitos sociais (artigo 6º, o qual faz parte do Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais), que, na classificação de José Afonso da Silva, são tidas como de eficácia limitada. Assim, o conceito de eficácia plena não seria baseado no mencionado dispositivo constitucional, que não garantiria a realização daquela.

3.1 ANÁLISE DA EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, § 1º, DA CRFB EM RELAÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Andreas Krell (2002, p. 37-38) assevera que o §1º do artigo 5º da CRFB/1988 deixa claro o caráter preceptivo e não programático das normas de direitos fundamentais, de modo que os mesmos podem ser imediatamente invocados, mesmo que nos casos de ausência ou insuficiência de regulamentação ordinária. Isso porque

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

a regulamentação legislativa, quando houver, somente será útil pela certeza e segurança de instituir condições de exercício dos direitos ou para a delimitação face de outros direitos. O autor argumenta ainda que, em razão do dispositivo constitucional em destaque, há uma inversão no entendimento da liberdade de conformação do legislador (da aplicada aos direitos de liberdade) no que tange aos direitos sociais, pois a mesma deve ser entendida como a função de potencializar a eficácia dos referidos direitos, de criar condições materiais para sua efetivação.

Assim, de acordo com Sarlet (2001, p. 28), pode-se afirmar que a pretensão do constituinte com a redação do dispositivo em voga foi a de “evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos permaneçam letra morta na constituição”.

Neste mesmo sentido argumenta Clevé (2003, p. 295), para o qual a Constituição brasileira não estabelece “diferença de regime jurídico entre os direitos de defesa e os sociais, especialmente os prestacionais, e é por isso que a disposição que trata da eficácia imediata dos direitos fundamentais alcança, de igual modo todos os direitos fundamentais.”

Com isso, tem-se que não existe norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade, bem como que a diferenciação seria cabível tão somente no que tange a graduação da carga eficaz das normas constitucionais. O recorrido corrobora a ideia de que o dispositivo constitucional em análise possui natureza principiológica, de maneira que seria um mandado de otimização (maximização) dos direitos e garantias fundamentais, isto é, determina aos órgãos estatais a tarefa de atribuírem, no caso concreto, a maior eficácia possível às normas que definem direitos e garantias fundamentais, de modo que o *quantum* em aplicabilidade e eficácia será determinado no exame do caso concreto. Portanto, é possível asseverar que o artigo 5º, §1º da CRFB/1988 viabiliza presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia (efetividade) das normas de direitos e garantias fundamentais, de maneira que qualquer recusa na concessão daquelas para determinada norma de direito

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

fundamental, com justificativa de ausência “de ato concretizador, deve ser fundamentada” (SARLET, 2001, p. 29-30).

Logo, em razão do referido dispositivo constitucional, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional “sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos” (SARLET, 2012, p. 281).

Diante do apresentado acima, cumpre frisar que, conforme salienta Sarlet (2001, p. 35), a concretização dos direitos sociais prestacionais está condicionada: a existência de recursos disponíveis e pela capacidade de dispor dos mesmos (princípio da reserva do possível); do princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária, o que também diz respeito ao princípio da separação de poderes. Com isso, para o autor, a proposta de solução deverá passar pela “ponderação dos princípios incidentes na espécie, no âmbito de uma interpretação sistemático-hierarquizadora”.

4 RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS DIRETOS SOCIAIS PRESTACIONAIS, O LIMITE DA RESERVA DO POSSÍVEL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

É possível alegar que um dos problemas atinentes aos direitos sociais está relacionado à uma questão de competência ou separação de poderes. Isso pois, uma vez que esses são reconhecidos como direitos fundamentais, como o são na Constituição brasileira, a questão decisiva é a de saber “a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance” (NOVAIS, 2010, p. 33).

De acordo com Queiroz (2006, p. 141), o objetivo da proteção das normas de direitos fundamentais sociais é a proteção dos bens coletivos envolvidos, de modo que compete, primeiramente, ao legislador a responsabilidade de concretizar e especificar os direitos fundamentais sociais. Isso porque, para a autora, a generalidade da lei (cujo conteúdo e sentido cria o “dever de prestação

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

jusfundamental”) imporia que a admissão da pretensão individual de concretização e proteção pertença em primeiro lugar ao legislador. Com isso, não seria possível que o judiciário gerisse uma política econômica e social (uma vez que a mesma é de competência do Legislativo), bem como não poderia “exercê-la, numa gestão contrária à dos órgãos politicamente conformadores”.

Por sua vez, Novais (2010, p. 33) acentua que tudo se resume em última análise (enquanto problema jurídico-constitucional) em entender se o judiciário pode, com amparo nas normas sobre direitos sociais, “impor ao Governo (maioria democrática) a invalidação das respectivas decisões ou o cumprimento positivo de deveres, ainda que contra a vontade ou a ação política desses titulares do poder político”, e, caso seja possível, “em que medida e com que alcance”.

Para Alexy (2015, p. 519) a competência do judiciário encerra nos limites do “definitivamente devido”. No entanto, os princípios abarcam determinações normativas para o legislador que ultrapassam esses limites. Segundo o autor, o Poder Legislativo que “satisfaça princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo, e, por isso, não pode ser obrigado a tanto por um tribunal constitucional.”

Nesta esteira, Novais (2010, p. 107) argumenta que há limites para a competência do poder judiciário no que tange a fazer controles. Isso pois o Judiciário seria “competencialmente” habilitado para realizar o controle e averiguação de constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais “autorizadas ao abrigo da reserva geral imanente que obriga à ponderação dos direitos fundamentais com outros valores igualmente dignos de protecção jurídica e que, no caso, apresentem maior peso”. Entretanto, tal competência de controle dificilmente poderia ser considerada nos casos que envolvam escolhas políticas sobre a alocação de recursos financeiros disponíveis e escassos, ou seja, nas restrições a realização de direitos sociais que estejam justificadas na “reserva do financeiramente possível”. Isso remete diretamente ao que Novais (2010, p. 108) denomina de verdadeiro problema, pois, em

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

razão de que a reserva do possível adentra o conteúdo dos direitos sociais, não se faz possível verificar a existência de determinada violação do texto constitucional sem se considerar (e subtrair) os contornos de decisão que pertencem aos Poderes Legislativo e Executivo, que devem ser respeitados pelo Judiciário no que concerne a definição das prioridades orçamentárias.

O problema exposto acima se faz muito visível na seara dos direitos sociais prestacionais, em razão da relevância econômica dos mesmos. Conforme argumenta Torres (2010. p. 73-78), a efetividade dos direitos em voga enfrenta desafios de natureza orçamentária, que envolve questões como a reserva do possível, reserva orçamentária, sequestro de recursos públicos e vinculação do orçamento.

Em relação a reserva do possível, cumpre versar que, segundo Sarlet (2012, p. 288), a mesma apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice, qual seja: a real disponibilidade fática dos recursos à concretização dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, a qual possui intrínseca relação com a destinação das receitas e competências tributárias (tanto administrativas, legislativas e orçamentárias, etc.) e que, ainda, requer ponderação, especialmente no caso do Brasil, na conjuntura de um sistema constitucional federativo; e, “já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da razoabilidade”.

Nesta esteira, Torres (2010, p. 75-76) argumenta que mesmo que se entenda que não prevalece, sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível, não se pode, com base nisso, concluir que não se deva levar em consideração o princípio da reserva do orçamento. Isso porque a lacuna orçamentária ou a omissão do legislador devem ser solucionadas por instrumentos orçamentários, e não nos limites das normas constitucionais que “regulam as leis de meios”. Ou seja, se não existir dotação orçamentária, “a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (administração e legislativo) e não ao judiciário, que apenas

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis”.¹⁰

Entretanto, ao versar sobre o dispêndio necessário para a realização dos direitos fundamentais sociais mínimos, Alexy (2015, p. 512-513) discorre que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada, nem é um princípio absoluto, haja vista que direitos individuais podem ter mais peso do que “razões político-financeiras”.

Com isso, é possível sustentar que a decisão política e democrática não prevalece sobre a posição jurídica individual garantida por um direito fundamental se aquela estiver apoiada tão somente no “argumento democrático, na vontade majoritariamente expressa ou na adesão majoritária”, pois a Constituição impõe (NOVAIS, 2010, p. 319).¹¹

O problema versado acima (interferência do judiciário) está diretamente relacionado com a questão do sequestro (bloqueio) de recursos públicos, que, segundo Torres (2010, p. 76-77), se traduz na “exacerbação da judicialização das políticas públicas” referentes ao mínimo existencial. A crítica é a de que, em razão de tal inferência, ocorra o risco de grave lesão para as finanças e para a ordem pública, haja vista o provável comprometimento do planejamento orçamentário, cuja competência é exclusiva do administrador público. Com isso, se faz necessário frisar que a principal crítica se pauta na questão de que ao invés de “judicializar as políticas públicas referentes ao mínimo existencial, estão preferindo os tribunais judicializar as políticas orçamentárias”.

No entanto, retornando à questão da reserva do possível, no que tange ao âmbito brasileiro, quando o poder público invoca aquela como argumento para demonstrar a impossibilidade de realizar determinada prestação de um direito fundamental, o mesmo, em razão do §1º do artigo 5º da CRFB/1988, deve comprovar efetivamente a indisponibilidade “total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET, 2012, p. 364).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Face dos problemas apontados, Torres (2010, p. 78) ressalta a necessidade de “maior clareza na distinção entre mínimo existencial (= direitos fundamentais sociais) e direitos sociais, da qual dependem a extensão do controle jurisdicional e a integridade do orçamento democrático.”

A importância de tal definição se faz visível no discorrido por Canotilho (2008, p. 267-268), para o qual o judiciário tem orientado a sua estratégia hermenêutica no sentido de que o direito as prestações mínimas, aptas a assegurar uma existência condigna, é um direito originário amparado no direito fundamental da dignidade humana, bem como que até mesmo os direitos, liberdades e garantias possuem uma dimensão prestacional e guardam relação com a garantia dos direitos sociais. O autor argumenta que o judiciário, ao se amparar no discorrido, pode não observar o direito para a igual dignidade social, ou seja, igualdade distributiva, o direito “a níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais”. Desse modo, o problema se traduz na necessidade de compreender se os juízes possuem “instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a direcção constitucional de direitos sociais. O limite que os tribunais constitucionais invocam, em geral, é o de que não lhes pertence interferir nas políticas públicas”.

4.1 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

De acordo com Novais (2010, p. 194), há uma distinção entre os direitos fundamentais sociais e os direitos sociais (entendidos como direitos criados por lei, de modo que estariam sujeitos à reserva do possível, bem como à soberania do legislador). Para o autor os direitos sociais, em seu alcance jusfundamental, corresponderiam ao mínimo existencial, que estaria relacionado ao necessário para uma sobrevivência condigna, como prestações materiais e, ainda, de estruturação de estabelecimentos e serviços essenciais públicos.¹²

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Embora Sarlet (2012, p. 324-325) não concorde com Novais, pois entende que “os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade da pessoa humana)”¹³, o autor discorre que a jurisprudência brasileira reconhece proteção ao mínimo existencial, inclusive em sua perspectiva prestacional.

Outra questão relevante sobre a temática em análise está relacionada a questão da obrigatoriedade, ou não, de prestações relacionadas ao mínimo existencial mesmo face da invocação da reserva do possível, sendo de se ressaltar que as vertentes principais possuem intrínseca relação com a adoção da teoria interna (o limite integra o conteúdo do direito) ou a teoria externa (o limite é algo situado fora do direito, não um limite do direito, mas um limite ao direito) (NOVAIS, 2010, p. 104).

Sarlet (2012, p. 288) salienta que a reserva do possível não integra o mínimo existencial, ou seja, não faz parte de seu núcleo essencial, nem mesmo constitui o que se denomina de limites imanentes dos direitos fundamentais. Isso porque, para o autor, a reserva do possível é um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, bem como pode atuar em certos casos como a garantia dos mesmos, isto é, em situações em que haja conflitos de direitos.

Porém, Amaral e Melo (2010, p. 91) divergem de Sarlet por entenderem que diante da ampliação do denominado direito à vida, “a escassez faz parte da definição, da delimitação *em concreto* do próprio direito,” ou seja, “da densificação e decisão quanto ao atendimento da pretensão pela chamada reserva do possível, que é elemento integrante”.

Ademais, Amaral (2001, p. 214-216) salienta que há muitas controvérsias quanto ao que corresponderia a um mínimo existencial, uma vez que esse não apresenta um rol taxativo, de modo que a sua caracterização ficaria a mercê de subjetividade. Com isso, face da imprecisão de um mínimo existencial, bem como pelo fato de que todos os direitos custam dinheiro, o autor propõe uma “fórmula” baseada no grau de essencialidade e excepcionalidade, na qual se combina o grau da essencialidade da prestação pública (que está relacionado ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana), com o de excepcionalidade da ação estatal, de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

maneira que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”. Com base no apresentado, a justificativa da denegação só seria aceitável na existência de “circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todas que demandam a prestações essenciais”.

Ao analisar o proposto por Amaral, Torres (2010, p. 70) discorre que tal fórmula apresenta um “mecanismo para a interpretação da exigibilidade das prestações de saúde que, desde a Lei n. 8.080/90, ficam na zona cinzenta entre os direitos fundamentais e os sociais”. No entanto, alguns problemas, segundo o autor em voga, ainda permaneceriam, pois, a mesma, requer a utilização de “conceitos abertos constantes de duas variáveis (essencialidade e excepcionalidade) de difícil interseção”.

5 JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE A SUBJETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

A condição de justiciabilidade ¹⁴, segundo Abramovich e Courtis (2002, p. 21, 38-39), requer a identificação das obrigações mínimas dos Estados em relação aos direitos sociais e é este, talvez, o principal déficit do direito constitucional. Os autores discorrem, com base na opinião de Scheinin, que são atribuídas diversas razões para o problema da justiciabilidade dos direitos sociais, umas tidas como forjadas (relacionadas a concepções que pregam a não justiciabilidade como desvalor inerente a natureza desta categoria de direitos) e outras como verdadeiras (que versam sobre a imprecisão dos textos normativos nos quais se formulam os direitos ¹⁵, e a falta de uma prática institucional de interpretação desses textos, devida principalmente a ausência de mecanismos apropriados de implementação). ¹⁶

É pacífico que violações, por parte do Estado, de obrigações negativas relacionadas a direitos sociais, abrem um enorme campo para a justiciabilidade. Porém, o recorrido não se estende aos casos relacionados a direitos sociais

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

prestacionais, que, conforme já apresentado anteriormente, são subdivididos em derivados e originários, sendo que nestes últimos se concentra grande discussão teórica sobre a possibilidade de exigir efetividade de direitos previstos apenas a nível constitucional.

Neste contexto, no dizer de Sarlet (2012, p. 354), três questões são cruciais, quais sejam:

a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais?; e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade, fática ou jurídica, dos recursos para sua satisfação?

Nesta esteira, Canotilho (2003, p. 477), com base no que ele designa de indiscutível dimensão subjetiva dos direitos sociais, assevera que há direitos originários a prestações quando: com base na garantia constitucional de determinados direitos, se admite, concomitantemente, o dever “do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos (...) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”.

Por sua vez, Vieira de Andrade (2016, p. 362-383) ao versar sobre os direitos sociais os designam como pretensões jurídicas com o escopo de registrar que os mesmos são mais que interesses juridicamente protegidos, uma vez que intentam a satisfação de bens e interesses do particular, ressaltando que não constituem direitos subjetivos perfeitos, pois, para ele, não é fixável, a priori, o seu conteúdo normal. Isso porque não seria viável a utilização do termo direito *prima facie*, no sentido “alexiano”, pois a conformação do conteúdo ocorrerá no nível “legislativo e abstrato” e não no nível “constitucional e concreto”. O autor ainda acrescenta que relativamente a determinados preceitos constitucionais, é possível duvidar que produzam “posições jurídicas subjetivas substantivas”. O versado se ampara na ideia de que a judicialização de tais pretensões jurídicas encontra um óbice no fato de que para tanto

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

seria necessário um “direito subjetivo de conteúdo certo e líquido, na legitimidade individual (subjetiva) para acionar a via judicial e na existência de tribunais independentes para resolverem as questões de direito”.

O apresentado se faz visível na explanação de Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 243), para o qual a tutela jurisdicional de direitos subjetivos¹⁷, no âmbito dos direitos sociais, tende a ser mais complexa, controversa ou simplesmente negada, em razão do caráter coletivo desses direitos¹⁸. Ou seja, ainda que se possa dizer que cada indivíduo tem um direito à saúde, um direito a educação, a realização desses direitos é algo que só é possível se pensada coletivamente. Outro ponto a ser considerado está relacionado ao fato de que os direitos sociais exigem, em geral, um fazer, ou seja, prestações estatais.¹⁹

Sobre a temática em voga, Alexy (2015, p. 512) assevera que é viável reconhecer um direito a prestações nas seguintes circunstâncias: quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; quando o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (o qual inclui a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais colidentes (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para o autor tais condições se encontram satisfeitas principalmente na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como o direito às condições existenciais mínimas.

É neste ponto que, aparentemente, Vieira de Andrade (2016, p. 369) concorda com Alexy, pois admite que em situações excepcionais, quando esteja em questão o conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, como em casos de injustiça ou necessidade extremas, é possível utilizar este recurso como “uma válvula de segurança da ordem jurídico-constitucional”, de modo que “só o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível”.

Para Sarlet (2012, p. 356-357), em situações nas quais o argumento da reserva de competência do Legislativo (e outras oposições - como a separação dos

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

poderes - destinadas aos direitos sociais em sua condição de direitos subjetivos a prestações) se deparar com o valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas circunstâncias em que (da comparação dos bens constitucionais colidentes) ocorrer a prevalência do direito social prestacional, será possível defender um direito subjetivo definitivo a prestações que correspondam a um padrão de mínimo existencial, sendo que o que ultrapassar esse mínimo só poderá ser reconhecido como um direito subjetivo *prima facie*, haja vista que não há como solucionar tal questão por meio de uma “lógica de tudo ou nada”. No entanto, o autor ressalta que, mesmo face do versado, se faz inegável que ainda na seara da garantia do mínimo existencial existe um espaço para um grau de ponderação “(no sentido mais amplo da necessidade de opções hermenêuticas)”, em razão de que a própria caracterização do mínimo existencial (que se justifica principalmente no direito à vida e na dignidade da pessoa humana) não pode ocorrer de maneira isolada, somente na esfera jurídica, requerendo, assim, uma interpretação que leve em consideração outros fatores (como climáticos, culturais, econômicos etc.).

Desse modo, o referido autor (SARLET, 2012, p. 353) argumenta, com base nos ensinamentos de Alexy, que somente nos casos em que a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais for entendida como prioritária, bem como possuir “como consequência restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social”.

Dentre os inúmeros direitos sociais previstos na Constituição brasileira pode-se dizer que um dos que suscitam inúmeras indagações quanto a possibilidade ou não de que sejam objetos de judicialização como direitos subjetivos individuais está o direito à saúde, pois intrinsecamente relacionado com o direito à vida, e esta com dignidade.

O direito a proteção da saúde está previsto na Constituição brasileira em seu artigo 6º, o qual dispõe que aquele é um direito social, na forma da Constituição.

Por sua vez, o artigo 196, também da Carta Magna, traz a seguinte redação:

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifo nosso).

No referido dispositivo constitucional se ampara uma das principais alegações contrárias as decisões judiciais que concedem liminares com o escopo de proteger e promover a saúde do indivíduo. Isso pois a concretização do direito à saúde, como um direito individual, pela via judicial tem se tornado algo recorrente, o que para muitos contraria, por exemplo, o princípio da separação dos poderes.²⁰

É neste ponto que ganha extrema relevância a reflexão de Amaral (2001, p. 37-39), qual seja:

Se os recursos são escassos, como são, é necessário que se façam decisões alocativas: quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salvas por cada mil reais gastos, p. ex.)? Quem consegue primeiro uma liminar? Tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha; uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra. [...] Um procedimento célere, com limitações a argumentação, a produção de provas e a possibilidade de recursos gerará um percentual de decisões incorretas, indetermináveis a priori, mas entre entregar na grande maioria dos casos sentenças injustas porque tardias e assumir o risco de um grau de imperfeição no exercício jurisdicional, opta-se pela segunda possibilidade. A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça.

Na verdade, para o referido autor o problema central concentra-se no fato de que a justiça não enfrenta questões relacionadas a microjustiça e macrojustiça.²¹

As ações individuais requerem prestações concretas e específicas para a realização do direito a saúde de determinado indivíduo, que, em razão do grande número de sucesso daquelas, representam, na maioria das vezes, um peso considerável nas verbas destinadas para tal setor. Assim, um dos problemas decorrentes de tal aparente sucesso é que esse pode causar um retrocesso nas

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

políticas públicas voltadas para a área da saúde, principalmente no que concerne ao alcance do direito em voga pelos grupos mais vulneráveis (NOVAIS, 2010, p. 27).

O versado se faz visível no asseverado por Scaff (2010, p. 29-42), para o qual a judicialização da saúde não beneficia os mais carentes de recursos (ou massa de excluídos, no dizer de Vieira de Andrade²²), mas sim aqueles que possuem condições de mover o judiciário, de modo que se restringe o direito social e se propicia destaque ao direito individual. Por isso o autor defende, com amparo na redação dos dispositivos constitucionais mencionados anteriormente, que o direito em questão deve ser assegurado através de políticas públicas, pois as decisões judiciais no Brasil, “argumentando com a implementação dos direitos sociais, concedem verdadeiros direitos individuais, fazendo com que verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privados”.

No entanto, Sarlet (2012, p. 359) argumenta que a alegação de que a concessão judicial de prestações sociais a certos indivíduos, na maioria das vezes, resulta em consequências perversas, quando se leva em consideração a justiça distributiva, e incentiva o assim denominado *free rider* (que se traduz na ideia de parasitismo)²³ também deve ser relativizada. Segundo o autor, há uma tentativa de deslegitimar a tutela individual dos direitos sociais a prestações, por meio do argumento da titularidade coletiva dos direitos em voga.

Ademais, cumpre frisar, ainda, que outro problema referente a judicialização de interesses individuais, no dizer de Scaff (2010, p. 38-39), decorre do fato de que muitas pretensões na área da saúde estão relacionadas a tratamentos ainda experimentais, bem como a medicamentos de custos extremamente elevados, que não fazem parte do proporcionado pelo SUS.

Segundo Sarlet e Figueiredo (2010, p. 43), o problema apresentado acima está relacionado a interpretação equivocada do dispositivo constitucional. Isso porque a universalidade dos serviços de saúde não pode ser entendida como gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, bem como a “integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

ótimos”. Logo, há a necessidade de que seja observada a realização do mínimo existencial, de modo que se faz imprescindível levar em consideração circunstâncias concretas do requerente, pois aqui a igualdade não reflete, necessariamente, o direito a prestações iguais, mas sim ser tratado como igual.

Diante do explanado, se faz plausível frisar que Amaral e Melo (2010, p. 87) questionam se há um direito a tratamento a qualquer custo, bem como se eficiência, “no sentido de considerar custos e de decisões alocativas que permitam fazer mais por menos - é estrangeirismo no idioma dos direitos fundamentais”.

Por isso, de acordo com Sarlet e Figueiredo (2010, p. 44-45), as decisões judiciais devem se pautar nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ressaltando, a título exemplificativo, que não se mostra razoável compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, nem mesmo aqueles novos, ainda que aprovado pelo órgão sanitário técnico competente, caso existam outras alternativas com semelhante segurança e eficácia que apresentem “menor custo econômico, disponíveis no mercado e no próprio sistema público de saúde”.

Por fim, cumpre registrar que para Amaral (2001, p. 228), diante do fato de que as demandas na saúde são diversas e os recursos escassos, não compete ao judiciário fazer o “controle fato-norma”, porém sim controlar as opções efetuadas pelos outros poderes públicos. Desse modo, quando da apreciação de demandas individuais relativas a pretensões positivas para à realização do direito à saúde, o judiciário deve realizar a ponderação do “grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão”.

CONCLUSÃO

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

Os direitos sociais, sob a visão da “concepção clássica”, são tidos apenas como direitos positivos (prestacionais em sentido estrito). No entanto, tal entendimento é, em parte, equivocado, em razão de que se faz inegável que os direitos em voga também possuem uma dimensão negativa (defensiva), sendo que nessa esfera é pacífica a justiciabilidade.

O versado, porém, não se estende aos direitos prestacionais em sentido estrito, pois a eficácia e efetividade dos mesmos demandam recursos financeiros, que são escassos, sendo que as pretensões amparadas nos direitos em questão são infinitas.

Logo, se verifica que a concretização dos direitos sociais pela via judicial remete a um dos problemas cruciais neste trabalho. Isso porque, para a doutrina majoritária, há uma exacerbação por parte do judiciário, no que tange a sua competência, na concessão de pretensões individuais amparadas em direitos sociais, o que, por sua vez, tem como consequência a violação do princípio da separação dos poderes.

Do discorrido se extrai que um dos problemas centrais está na questão do direito subjetivo individual a determinada prestação social, como o direito à saúde, pois a satisfação daquele em razão de determinação judicial, sem levar em consideração a reserva do possível, pode prejudicar o planejamento orçamentário e, por consequência, as políticas públicas.

Nesta esteira, pode-se sustentar que há razões contundentes para se afirmar que um dos problemas da judicialização de tal direito (a saúde) está na interpretação equivocada do dispositivo constitucional, qual seja, a de quaisquer tratamentos e medicamentos, até mesmo aqueles que estejam em fase experimental, podem ser arcados por recursos públicos, ainda que não sejam proporcionados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como que não se possa adotar qualquer critério de diferenciação entre os possíveis requerentes.

Por fim, diante do exposto, se chega à conclusão de que há prestações correspondentes a um mínimo existencial, ao qual, embora possa ser objeto de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

ponderação, se destina a presunção da existência de um direito subjetivo definitivo, de modo que a negativa de realização do mesmo só pode ocorrer desde que devidamente justificada e comprovada.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Fortaleza: *Revista Pensar*. v. 2, n. 2. p. 7-22, ago., 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARAL, Gustavo; Melo, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 79- 99.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CLEVÉ, C. M. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, 2003.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

PAULA, Virgílio Queiroz de; OLIVEIRA, Adriano Ferreira de. A impossibilidade de manutenção do estado mínimo de Robert Nozick. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Florianópolis (SC), v.1, n.1, (2015), p. 43-72.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **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.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. A Efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). **A eficácia dos direitos sociais.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-42.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais e sua Concretização.** Curitiba: Ed. Juruá: 2010 (reimpressão).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 63-78.

¹ O versado remete diretamente a ideia, explanada e veementemente criticada por Marcelo Neves, de uma constituição simbólica. In: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

² Conforme explica Novais: “o próprio sucesso da força normativa dos direitos sociais enquanto verdadeiros direitos fundamentais – o poder judicial impõe a obrigatoriedade de prestações pontuais e concretas a partir da ideia de jusfundamentalidade destes direitos e da sua não disponibilidade por parte dos titulares do poder político – que, eventualmente, resulta em distorção ou bloqueio da realização dos direitos sociais no seu conjunto, dados os limites objectivos e inescapáveis da reserva do financeiramente possível intrinsecamente associada a estes termos”. In: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 28.

³ Canotilho argumenta que “A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais (...): (1) ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no “direito de exigir” uma casa”; (2) ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a **políticas sociais activas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas).” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 408-409.

⁴ Segundo Canotilho os direitos derivados a prestações são “entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função <<guarda de flanco>> (J.P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 479.

⁵ Vieira de Andrade, com base na Constituição portuguesa, discorre que os “direitos fundamentais sociais (originários), sendo juridicamente vinculantes, têm, em regra, uma densidade normativa reduzida, mas nalguns aspetos podem aproximar-se – e, quanto ao mínimo associado a valores básicos de sobrevivência digna, devem mesmo equipara-se – à reconhecida aos direitos, liberdades e garantias, dos quais, como começámos por dizer, não se distinguem radicalmente”. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 382.

⁶ Virgílio Afonso da Silva discorre que a superação de uma concepção de liberdades públicas que garantem apenas uma abstenção estatal em face da autonomia dos indivíduos deu lugar, sobretudo, a três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: a) os chamados efeitos horizontais, que são os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; b) os direitos de proteção; c) e os direitos a organização e procedimentos. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 236.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

⁷ Sobre o versado, se faz interessante a abordagem de Queiroz: O que importa é que os “pressupostos de facto e as consequências jurídicas das normas consagradoras dos direitos fundamentais sociais se encontrem suficientemente determinados de forma a garantir a validade, efectividade e vinculatividade desses direitos e pretensões no seu conjunto, independentemente da caracterização dos mesmos como direitos, liberdades e garantias ou como direitos económicos, sociais e culturais”. In: QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 142.

⁸ Virgílio Afonso da Silva não aceita a ideia versada acima (aplicabilidade e eficácia), uma vez que para ele “ainda que uma norma não dotada de eficácia jurídica não possa ser aplicada, é perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade”. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 210-211.

⁹ Em relação a questão da efetividade, cumpre ainda mencionar que Sarlet discorre que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira têm enfatizado a relevância da assim designada proibição de proteção insuficiente como critério a balizar a intervenção judicial no plano da efetividade dos direitos sociais, tanto em sua dimensão subjetiva quanto no diz respeito ao controle de políticas públicas. A referida proibição possui relação intrínseca com o princípio da proporcionalidade, do qual se extrai tanto aquela quanto a proibição do excesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *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. p. 364-365.

¹⁰ Torres ressalta que ainda falta “no direito positivo brasileiro (e os tribunais não o construíram), instrumento semelhante ao do mandado de injunção americano, que permita ao judiciário vincular o Legislativo na feitura do orçamento do ano seguinte, em homenagem a direitos fundamentais sociais (=mínimo existencial), que necessitam do controle jurisdicional contramajoritário típico dos direitos essencialmente constitucionais”. In: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 76.

¹¹ Neste mesmo sentido assevera Alexy: “Levar a sério os direitos fundamentais como direitos individuais exclui toda forma de argumentação a partir de uma coletividade. O argumento da coletividade não pode, portanto, afetar a tese segundo a qual o indivíduo, quando protegido pelos direitos fundamentais, não é protegido, em princípio, por meras normas objetivas, mas por direitos subjetivos.”. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 498

¹² Sobre o versado, se faz interessante o entendimento de Sarlet, para o qual o mínimo existencial não pode ser reduzido “ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *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. p. 357.

¹³ Para Sarlet “embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *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. p. 323.

¹⁴ Justiciabilidade, de acordo com Queiroz, é a possibilidade do titular do direito “reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito”. In: QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 148.

¹⁵ Sobre a indeterminabilidade de conteúdo constitucional dos direitos sociais, Novais justifica que em razão “do condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional não pode desde logo garantir, na esfera jurídica do titular (...) do direito fundamental, uma quantidade

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira – ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

juridicamente determinável de acesso ao bem protegido.” NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 149.

¹⁶ O discorrido se coaduna com o asseverado por Canotilho de que: “Uma das maiores dificuldades surgidas na determinação dos elementos constitutivos dos direitos fundamentais é esta: os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social. Este é o discurso saturado da doutrina e jurisprudência. (...) Uma tal construção e concepção da garantia jurídico-constitucional dos direitos sociais equivale praticamente a um “grau zero de garantia”. Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 480-481.

¹⁷ De acordo com Queiroz: “Ser titular de um direito subjetivo significa deter um poder jurídico reconhecido pelo direito objetivo, isto é, deter o poder de participar na criação de uma norma individual por intermédio de uma ação específica em justiça”. In: QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 148.

¹⁸ O versado também é discutido por NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 30.

¹⁹ Apenas a título de registo, cumpre mencionar que Sarlet assevera que “não há como sustentar que os direitos sociais sejam equivalentes a direitos coletivos, não tendo, portanto, uma dimensão individual. Além de equivocada a negativa da titularidade individual (ainda que coexistente com uma dimensão coletiva) dos direitos sociais, ainda mais na esfera dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, que, como deflui dos exemplos dos direitos à alimentação e saúde somente pode ser adequadamente aferido à luz das circunstâncias de cada pessoa individualmente considerada, também se verifica uma confusão (...) entre a titularidade e a via mais adequada de tutela processual dos direitos sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *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. p. 360.

²⁰ Sobre o explanado Amaral esclarece: conquanto pareça paradoxal, a separação dos três poderes harmônicos e independentes é, na verdade, um modelo de freios e contrapesos, de mútua dependência. In: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 218

²¹ A ideia de Amaral se coaduna com a de Novais, para o qual: “Ao juiz e ao juiz constitucional raramente se coloca o problema do direito social como um todo, globalmente e em abstrato, antes se vendo confrontado com a aplicação ou a relevância jurídicas de uma faculdade concreta nele compreendida, seja em função de um problema concreto, real, ou de uma situação juridicamente problemática intelectivamente antecipada”. In: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 34.

²² Desse modo, para Novais, “no final percebe-se que, na prática, quem beneficia das estratégias maximalistas de realização dos direitos sociais no plano jurídico não é a grande massa de excluídos, em nome dos quais se desenvolvera a estratégia política de otimização dos direitos sociais. É que, quase por definição, essa massa de excluídos não vem ao sistema, não recorre a tribunais, não pode fazer um “uso alternativo do Direito” porque nem sequer tem condições subjectivas e objetivas para

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Augusto Malcher Meira (Instituto Silvio Meira - ISM)

Eduardo Vera-Cruz (Universidade de Lisboa - Portugal)

Raimundo Chaves Neto (Universidade de Lisboa - Portugal)

tanto. Quem, à primeira vista, beneficia da redistribuição dos fundos públicos assim operada é antes uma camada social instruída, organizada sindicalmente ou economicamente mais forte, que pode pagar a advogados que dominam debilidades do sistema e que pode pagar uma justiça que não está ao alcance de todos. In: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 1. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 27.

²³ Sobre o *free rider* vide Paula, Virgílio Queiroz de; Oliveira, Adriano Ferreira de. A impossibilidade de manutenção do estado mínimo de Robert Nozick. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Florianópolis (SC), v.1, n.1, (2015), p. 43-72.