

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**RESERVA DO POSSÍVEL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
PONDERAÇÕES SOBRE A OMISSÃO LEGISLATIVA E O ATIVISMO
JUDICIAL**

Gabriela Siqueira dos Santos

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**RESERVA DO POSSÍVEL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
PONDERAÇÕES SOBRE A OMISSÃO LEGISLATIVA E O ATIVISMO
JUDICIAL**

Gabriela Siqueira dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2018

**RESERVA DO POSSÍVEL E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
PONDERAÇÕES SOBRE A OMISSÃO LEGISLATIVA E O ATIVISMO
JUDICIAL**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Fernanda Lima de Matos Madrid

Carla Roberta Ferreira Destro

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2018

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o
Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo J. Couture

Dedico este trabalho a todo aquele que
reconhecendo os direitos do próximo, luta
por eles, tal qual faria por si mesmo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, que à sua maneira sempre me motivou e se orgulhou dos meus pequenos feitos, e dessa forma me encorajou a chegar até aqui e sempre prosseguir.

Agradeço a minha mãe por nunca desistir de mim e ser um exemplo de mulher forte.

Aos meus irmãos, por serem incrivelmente resistentes, desde tão novos, a contratempos, e por de certa forma, me manterem forte.

Aos grandes amigos que fiz durante esses anos, em especial à Isabele Vaz Voltareli, my person, pelo apoio e companheirismo.

Ao meu grande amigo e parceiro de vida, Diego Benante Lopes, que sempre me entendeu e me motivou, que esteve ao meu lado todos os dias me lembrando de sempre seguir até os meus objetivos, e em alguns momentos acreditando mais em mim do que eu mesma já fui capaz de acreditar.

Agradeço ao meu orientador, Sergio Tibiriçá Amaral, pela grande oportunidade de ser sua orientanda, e a todos aqueles que ao longo dos anos me deram oportunidade de crescer tanto profissional quanto pessoalmente.

Eu sou grata de todo o meu coração.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a teoria da reserva do possível, e como esta vem sendo utilizada pelo Poder Público como escusa para a omissão no cumprimento de normas previstas como fundamentais na Constituição Federal de 1988, e demonstra o caminho traçado dentro do próprio constitucionalismo para que tais normas sejam hoje identificadas desta forma. Fala-se, ainda, no fenômeno conhecido como ativismo judicial, e como este apresenta um crescimento na medida em que as omissões dos demais poderes se mostram prejudiciais à dignidade dos cidadãos tanto do ponto de vista individual quanto no que tange à coletividade, ressaltando, ainda, como este fenômeno passou a existir e é visto no sistema jurídico norte-americano. Em análise voltada para o sistema brasileiro serão feitos comentários sobre a judicialização da saúde, ponto de principal impasse quando se trata desta matéria. O tema se justifica em razão de sua alta relevância social e jurídica, por ser uma questão que envolve direitos fundamentais de escala internacional e a crescente atuação atípica (para alguns) do Poder Judiciário, o que como se verá é uma percepção equivocada sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Direitos Fundamentais. Mínimo Existencial. Omissão Legislativa. Reserva do Possível. Ativismo Judicial. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

The present work deals with the Reserve of The Possible Theory, and how it has been used by the Public Power as an excuse for omission in implement norms taxed as fundamental in the Federal Constitution of 1988, and demonstrates the path traced within the constitutionalism itself to identify norms in this way. There is also the phenomenon known as Judicial Activism, and how it presents a growth in the omissions of the other powers that cause's a detriment to the dignity of the citizens both from the individual point of view also as the society, still, how this phenomenon came in to exist in the North American legal system. In an analysis focused on the Brazilian system, comments will be made based in the judicialization of health, a main point that cause's impasse when it comes to this matter. The issue is justified because of yours high social and legal relevance, and it's an issue that involves fundamental rights in an international scale and the atypical growing (for some) of the Judiciary Power, which as will be seen is a misperception about the subject.

KEY WORDS: constitutionalism. Fundamental rights. Minimum existential. Legislative omission. Reservation of possible. Judicial activism. Judicialization of health.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 O ATIVISMO JUDICIAL..... | 12 |
| 2.1 Considerações Gerais..... | 13 |
| 2.2 Constitucionalismo - O Ativismo Judicial No Sistema Norte Americano | 16 |
| 2.2.1 A era tradicional, a era de transição e a era moderna | 16 |
| 2.2.2 Do ativismo propriamente dito | 18 |
| 2.2.3 Diferenciação de ativismo judicial e judicialização..... | 20 |
| 3 O MÍNIMO EXISTENCIAL..... | 23 |
| 3.1 Primeira Dimensão Dos Direitos Fundamentais..... | 24 |
| 3.2 Segunda dimensão dos direitos fundamentais | 28 |
| 3.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais..... | 31 |
| 3.4 Mínimo Existencial Na Constituição Federal de 1988 | 33 |
| 3.4.1 Direitos fundamentais como mínimo existencial | 34 |
| 3.4.2 Teorias interna e externa de limitação dos direitos fundamentais | 38 |
| 4 DA RESERVA DO POSSÍVEL..... | 41 |
| 4.1 A Relação Das Normas Programáticas Com Os Direitos Sociais | 43 |
| 4.1.1 Da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais | 45 |
| 4.1.2 Da questão orçamentária..... | 47 |
| 5 A HISTÓRIA DA SAÚDE NO BRASIL | 49 |
| 5.1 A Judicialização da Saúde | 51 |
| 6 CONCLUSÕES | 57 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 59 |

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa buscou versar sobre a crescente atividade do Poder Judiciário em elucidar questões sociais que em regra são de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, quando estes permanecerem inertes frente a sua obrigação de promover os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e em tratados de direitos internacionais. A este fenômeno é dado o nome de ativismo judicial, que por semelhança nominal acaba sendo confundido por muitos com a judicialização da política, mas que em breve análise se verificará que são institutos distintos.

Para fins comparativos foi feita uma breve abordagem de como o tema ativismo judicial é tratado nos Estados Unidos da América do Norte, haja vista que a sua constituição não prevê esta atividade em seu texto, contudo, não impediu que o sistema legal norte-americano se guiasse basicamente através de precedentes.

Observou-se também o ponto de maior destaque atual no que tange a atividade do judiciário, o da judicialização da saúde, e diferenciou-se este instituto do ativismo judicial.

Afunilando nesta questão, foi abordada a forma com que a Constituição Cidadã protege o direito fundamental à saúde, e explicou-se o plano geral das dimensões de direitos fundamentais referentes à Liberdade, Igualdade e Fraternidade, observando os contextos históricos do qual nasceram, e o que motivou sua transformação e evolução ao longo do tempo dentro do constitucionalismo, em um recorte previamente determinado.

Estabelecido o conceito de mínimo existencial que será melhor explicado no decorrer deste trabalho foram feitas análises acerca de sua aplicabilidade e limitações para que possa coexistir com demais normas do ordenamento jurídico, inclusive com o seu maior opositor, o princípio da reserva do possível, que vem sendo utilizado como justificativa para a falta de implantação ou implantação deficiente de meios necessários para se cumprir com o que é fundamental à existência humana.

Explanou-se sobre a história da saúde no Brasil a fim de se investigar como este direito foi implantado pelo Poder Público ao longo dos anos, observando as transformações, melhorias, e precariedade que sempre cercaram o tema

Evidenciado o cenário ao qual estamos fixados, tratou-se de individualizar os graus de eficácias das normas constitucionais para se explicar a

importância de uma atitude mais ativa do Poder Legislativo, tendo em vista que sua omissão ganha peso se observada a efetivação de direitos sociais, porque justamente essas previsões constitucionais só passam a cumprir amplamente seu papel, após complementação que deve ser dada pelos legisladores, posto que, se tratam em sua maioria de normas programáticas, como veremos.

A recente pesquisa se justifica por sua alta relevância social e jurídica, uma vez que, compete ao Estado criar e administrar formas para que seu povo alcance direitos mínimos, que em tese são o alicerce da nação.

Entretanto, o que se vê é o abandono dos cidadãos, principalmente os menos favorecidos, que em muitos casos para ter acesso ao mínimo existencial do qual fazem jus, como a saúde, por exemplo, não têm outra saída senão ingressarem junto ao Poder Judiciário.

E essa transposição de poder para o Judiciário, que o proporciona a possibilidade de decidir como referido direito fundamental vai ser e para quem vai ser concedido causa divergências tanto doutrinária quanto jurisprudencial, contudo, apenas em um primeiro momento, pois, em verdade, não há realmente um embate impossível entre saúde e separação dos poderes, tal qual não há entre saúde e previsão orçamentária, como se verá.

Para a demonstração apoiamos-nos nos métodos de pesquisa dedutivo, dialético, documental, bibliográfico, também nos utilizando de instrumentos jurídicos, baseando-nos em entendimentos doutrinários e opiniões de utilizadores do direito encontradas em material incluso na internet. Se tratando essa de uma pesquisa jurídica-interpretativa.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é conhecido por ser um fenômeno ligado a judicialização da política, no qual o Poder Judiciário passa a ter uma postura proativa frente a questões que em sua essência não seriam de competência deste poder, mas que em razão de circunstâncias divergentes da prevista na norma suprema daquele Estado, passam a pertencer ao seu julgo.

A transferência natural e gradativa de poderes típicos do Legislativo para o Judiciário, e o desenvolvimento social que faz com que emerjam pessoas com condições superiores a outras, revelando a desigualdade, e as atitudes de interesses que podem surgir no meio Legislativo quando exercendo suas funções privilegiaria os interesses de grandes corporações em detrimento do que é melhor para a coletividade são situações que Ran Hirschl¹ aponta como responsáveis por este fenômeno.

Em se tratando da Suprema Corte, esta deve agir sempre de acordo com a Constituição que a vincula, interpretando seus preceitos de acordo com os anseios da sociedade naquele momento em que ocorre a análise de textos legais, pois, uma Constituição visa a proteção do Estado e seu povo, e sendo o povo o ponto que estrutura e dá forma a este Estado, deve ele ser protegido. E se valendo disso, poderiam reanalisar e reinterpretar tanto quanto necessário o que está previsto na Constituição, e logicamente as leis infraconstitucionais que dela decorrem.

A perspectiva de Ronald Dworkin² revela este lado do ativismo, vejamos:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

Assim percebemos a força cognitiva que o Poder Judiciário, e em especial a Suprema Corte passaram a ter, podendo à sua maneira julgar atos dos demais poderes.

Se é a Constituição que legitima a postura do Poder Judiciário de Guardião de seu texto, bem como das demais normas pelo princípio da supremacia,

¹HIRSCHL, Ran. **Towards, juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University press, 2004, p.78.

²DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215

por conseguinte, ela (Suprema Corte) cuida de toda a estrutura do Estado. Dessa forma surge algumas questões, entre elas se poderiam haver limitações para seus desmandos quando se demonstrarem em contrassenso com o que seria o mais socialmente coerente.

Por certo que sim, pois na dinâmica de nosso sistema é inconcebível a ideia de que exista um poder sem limitações. E sendo assim, compete ao Judiciário tomar decisões sempre dentro da razoabilidade Constitucional, o que fugir das limitações estabelecidas por esta podem e devem ser recorridas para Tribunais superiores, como Tribunais de Justiça (TJ) da capital de cada estado da união, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), sendo este último o encarregado máximo de proteção da Lei Constitucional, mas não apenas dela.

2.1 Considerações Gerais

Junto da promulgação da Constituição de 1988 o Poder Constituinte Originário reservou ao Poder Judiciário a missão de protetor dos valores e princípios previstos na Carta Magna, bem como de intérprete de seu texto. Para o cumprimento de tal missão foram criadas formas para que esta fosse protegida dos desmandos do Poder Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário, em síntese previstas no artigo 74 da CF/88 e especificadas em outras partes do diploma.

Foi um modelo desenvolvido nos moldes do que já havia dentro de um sistema criado nos Estados Unidos da América do Norte denominado “sistema de freios e contrapesos”, onde os chamados “poderes” exercem funções típicas e atípicas. Além disso, desde o século XVIII, uma Corte Constitucional ficou encarregada de exercer a função de “guardiã” da Constituição, esse dispositivo está presente na CF/88, embora o Supremo Tribunal Federal não seja apenas um tribunal constitucional.

Assim, o Poder Judiciário iniciou sua função de balancear as ações realizadas pelos outros poderes, a fim de proteger os ditames constitucionais, e por certo os direitos sociais do povo.

Nesse sentido, Marcos Faro de Castro³:

³ CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais Vol. 12 (n. 34), São Paulo, 1997, p. 149.

Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.

Contudo, referida missão fez com que o Judiciário brasileiro passasse a ter um protagonismo jamais visto na história, tendo a partir daí uma postura proativa ao excesso, onde não recusa o encargo decisório e passa a decidir sobre as mais variadas questões.

A exemplo disso elenca Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴:

[...] O Tribunal tem afirmado a função de definir a vontade da constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre estados; desde a união estável homoafetiva até a licitude de aborto de fetos anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedades de economia mista.

Importante salientar também os meios (que variam) utilizados pela Corte para decidir e interpretar os textos legais, sem nunca perder a expansividade de alcance de suas interpretações, pois, além de suprirem lacunas legislativas, ainda aplicam novos entendimentos a enunciados legais, sem ao menos alterarem o texto previsto nele. E isso tudo tanto a nível Constitucional, quanto a atos normativos e leis infraconstitucionais.

A frequência com que essas atitudes são tomadas pela mais alta corte do país fez com que o ativismo judiciário se tornasse uma realidade inquestionável ao ponto de ser repudiada a sua inercia frente a demandas, como o então Ministro Celso de Mello⁵ se posicionou, em 2008, ao censurar a passividade judicial, defendendo as práticas ativas do Judiciário, afirmando que as mesmas são uma “necessidade institucional” frente a omissão do Poder Público

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Público, Ano III, nº 6, Lisboa: Almedina, julho/dezembro de 2011, p. 20.

⁵ Trecho retirado do discurso feito durante a posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=noticiaArtigoDiscurso>. Acesso em 06 ago. 2018.

No mesmo sentido afirma Luís Roberto Barroso⁶:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Nota-se dessa forma o aumento da força que o Poder Judiciário, não só a mais alta Corte, como também os juízes monocráticos e os de colegiados passaram a ter quando lhes foi concedida a tarefa de zelar pelo bem-estar da Carta Magna, sendo inegável a existência de uma concentração de poder no Judiciário, que além de sua função típica, acaba por também ser um termômetro de constitucionalidade para qualquer atividade dos outros poderes.

Sobre o tema, é importante mencionar a Lei nº 13.300/2016, que trata sobre o processo e julgamento dos mandados de injunção, tanto individual quanto coletivo.

O mandado de injunção é a medida constitucional cabível quando a falta de uma norma regulamentadora que o Legislativo deveria ter criado, mas por desídia não criou, torna inviável o acesso do cidadão a algum direito básico a ele inerente.

Ou seja, o próprio Poder Legislativo reconhece que falha em sua função, e de antemão já “autoriza” a atividade do Judiciário para suprir a sua inércia, e no artigo 8º do diploma legal é previsto que quando reconhecida a mora legislativa abrir-se-á prazo para que o Legislativo realize a edição da norma regulamentadora, ou para de pronto serem estabelecidas as formas com que se dará o exercício de direitos e prerrogativas ao qual o impetrante da ação fizer jus.

Ressalte-se ainda, que no parágrafo deste artigo é previsto o afastamento da primeira hipótese se for verificado que em mandado de injunção anterior onde concedido tempo para edição de norma regulamentadora, tenha deixado transcorrer o prazo sem realizar esta tarefa.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008, p. 01-48.

O debate sobre este fenômeno ultrapassa as fronteiras brasileiras, tendo em vista que o surgimento do ativismo judicial se deu no sistema norte-americano, afora que tanto os países da Europa quanto da América Latina também fazem uso deste instituto. A fim de comparar o nosso sistema com o que ocorre nos Estados Unidos da América, é que se fará uma breve análise do contexto deste instituto no país.

2.2 Constitucionalismo - O Ativismo Judicial No Sistema Norte Americano

O constitucionalismo como conhecemos hoje nasceu no século XVIII nos Estados Unidos da América do Norte, que seguiu o modelo da Grã-Bretanha que já possuía a sua “Magna Charta Libertatum”, datada de 1215 e assinada pelo rei João Sem-Terra. Sua forma é composta por um conjunto de regras e princípios fundados no pensamento ideológico e momento histórico da sociedade ao qual pertence a fim de estruturar e regular o Estado, estabelecendo limites aos governantes políticos e direitos e garantias ao povo.

Antes da existência dessas normas escritas, as regras eram passadas verbalmente e se baseavam nos costumes, e era disso que se utilizavam os juristas da época, e justamente por não haver nada registrado que identificasse tal coisa como regra, é que os precedentes passam a ser um ponto crucial para a decisão de futuros conflitos. A este sistema dá-se o nome de *common law* (lei comum), que tem sua origem no direito medieval inglês. Neste sistema o conjunto de sentenças sobre casos rotineiros de determinado grupo social passam a prevalecer de certa maneira sobre a lei positivada, quando esta passou a ser registrada, e aqueles que julgavam casos análogos no futuro buscavam orientação nestes julgados anteriores.

E é baseada em precedentes, dentro de um sistema *common law* que se tem a postura do poder judiciário norte-americano, o que desde o início de sua existência como país gera para os magistrados a possibilidade dessa postura proativa.

2.2.1 A era tradicional, a era de transição e a era moderna

Ao estudar a história do constitucionalismo norte-americano verifica-se a existência de três eras distintas na forma com que se deram as intervenções da

Suprema Corte. Trata-se de uma classificação que faz sentido dentro do recorte desta apreciação, a fim de que se possa demonstrar as alterações e evoluções.

Na era tradicional, surgida em 1787 com a promulgação de sua Constituição, a Suprema Corte norte-americana já apresentava uma postura de aplicar o direito já positivado constitucionalmente a demandas que eram trazidas à sua apreciação, diante das leis ordinárias que por ventura fossem de encontro ao texto constitucional.

É nesse momento em que se inicia (com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*) o sistema de controle difuso de apreciação de in/constitucionalidades, conhecido como *judicial review* (revisão judicial), autorizando a qualquer juiz ou tribunal controlar a constitucionalidade no caso concreto, ou seja, declarar uma norma contrária à Constituição como inválida.

Assim, rompe-se a barreira de que o previsto na Constituição não poderia ser usado para aplicação direta a casos concretos, desmistificando que seu texto possui apenas generalidades, e dessa forma demonstra que tal qual as leis ordinárias, os textos constitucionais também possuiriam a força necessária para aplicação solo em resoluções de conflitos.

Na era de transição, iniciada por volta de 1890, houve uma grande reformulação na composição daqueles que faziam parte da Suprema Corte.

Esse momento é marcado pela forte influência do liberalismo econômico, onde vigia o ideal de que o mercado não poderia sofrer com regulamentações do Estado, mas sim que este apenas regulamentasse o que fosse essencial para a manutenção da propriedade (*laissez-faire*). E dessa forma, o Estado não tomava as medidas para regularização de direitos básicos, como educação, trabalho, saúde, etc.

A exemplo disso, há o famoso julgado *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), em 1905, no qual a Suprema Corte invalidou uma lei estadual do estado de New York – que limitava a jornada de trabalho dos empregados de padaria – por considerá-la intrusiva demais na política econômica do Estado como lecionado por Bernard Schwartz⁷.

O que evidencia a forma com que o poder judiciário tentava impedir que qualquer lei interferisse na forma do mercado se autorregular, com a justificativa de que não poderia haver interferências do Estado nas relações privadas, mas essa

⁷ SCHWARTZ, Bernard. **A book of legal lists: the best and worst in american law**. 1997, p. 118-119.

política de não intervenção beneficiava cada vez mais a postura opressora do mercado.

Esse ativismo judicial negativo perdurou até grande parte da década de 1930, quando após embates políticos, com o então presidente Roosevelt, os componentes da Suprema Corte passaram a ter suas decisões indo ao encontro dos projetos econômicos/sociais que o governo apresentava à época, visando superar a crise econômica iniciada em 1929.

Com a era moderna, iniciada em meados de 1937 e que se prolonga até os dias de hoje, o foco da Suprema Corte norte-americana passou das questões econômicas para as questões sociais.

Neste cenário, com as décima e décima quarta emenda, passaram não só a dar novas interpretações a textos legais, e declarar inconstitucionalidades baseados em seus entendimentos como já faziam, mas também a reescrever a histórica democrática norte-americana.

Esta fase teve seu auge com a Corte Warren, que foi presidida por Earl Warren entre 1953 a 1969, quando deram decisões que demonstraram uma verdadeira revolução constitucional, que serviram de inspiração para muitas outras cortes e tribunais, pois ela se concentrou na manutenção de direitos e garantias sociais fundamentais, como o fim da segregação racial, por exemplo, levando em conta o princípio “*equal protection of the law*”, o que suprimiu o antigo regime que era marcado pelo “*separated but equal*”.

De lá para cá o cenário da Corte teve mudanças quando da troca de membros, flutuando entre o liberalismo e o intervencionismo estatal. O que alguns doutrinadores, como Jeremy Waldron⁸, apontam como a causa de um fortalecimento legislativo frente a proatividade judiciária, o que faz surgir uma experiência *civil law* (lei civil) dentro de um sistema tradicionalmente *common law*.

2.2.2 Do ativismo propriamente dito

Como visto, antes mesmo da criação do termo “ativismo judicial”, a Suprema Corte norte-americana no ano de 1803 ao julgar o caso Marbury vs. Madison, afirmou que qualquer juiz ou tribunal é competente para anular num caso concreto uma lei que seja contrária a Constituição.

⁸ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Para tanto, alegaram o poder *judicial review*, que não era explícito na Constituição de 1787, o que então fez-se presumir que referido poder era intrínseco ao Texto Mor, que o controle que o Judiciário detinha sobre a aplicação constitucional já havia nascido ativista.

Nesse sentido ressalta Luís Roberto Barroso que⁹:

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa.

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão: o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes rege a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.

Nasce o que a doutrina chama de controle “difuso” que está dentro de um caso concreto de resultado entre as partes. Desde então, os juízes norte-americanos podem julgar inconstitucional uma lei federal, estadual ou municipal decretando assim a sua nulidade.

Claramente que o (excesso de) novo poder não agradou a todos do sistema político norte-americano, gerando desde então um debate sobre qual a abrangência e quais os limites deveriam ser impostos para as atitudes proativas do Poder Judiciário.

Frente a isso, surgiram duas linhas de pensamentos, das quais a primeira acreditava que a Suprema Corte poderia sim dar efetivação aos direitos sociais previstos constitucionalmente de acordo com o ideal político dos juízes. Já a

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em 06 ago. 2018.

segunda afirmava a necessidade do Poder Judiciário apresentar uma postura de maior autocontenção, reservando àqueles eleitos pelo povo a função de efetivar políticas públicas.

Sem desconsiderar os argumentos daqueles que não aprovam uma postura proativa da Corte norte-americana, é possível dizer que referida conduta se justifica em razão da forma com que o seu texto constitucional foi disposto.

Explico, a constituição norte-americana possui sete artigos e vinte e sete emendas, o que faz com que a Corte norte-americana tenha que realizar verdadeiros malabarismos para adequar as leis que em regra regem os dissídios concretos aos ditames constitucionais, e essa limitação de conteúdo constitucional pode abrir possibilidade para que leis infraconstitucionais nasçam em desconformidade com o que essa Constituição em verdade queria transmitir. Logo, se a Suprema Corte pode evitar um mal à sociedade interpretando em razão dessa algum tema constitucional, não há motivo para não fazê-lo, muito pelo contrário, já que cabe a ela essa função.

Além de que, como visto no tópico anterior, as decisões aplicadas pela Suprema Corte, tendem a ir ao encontro dos anseios da sociedade ao qual pertence, sendo o reflexo desta. Sendo assim, não é incorreto dizer que pela forma com que o sistema norte-americano vem lidando com a situação desde a promulgação de sua constituição é sim natural que o poder judiciário tenha essa postura proativa e determinante ao julgar lides e criar precedentes.

2.2.3 Diferenciação de ativismo judicial e judicialização

Para o aprofundamento no tema, é necessário distinguir brevemente os termos ativismo judicial e judicialização, haja vista que os dois institutos costumam andar entrelaçados, muitas vezes sendo confundidos em alguns casos.

O ativismo judicial, como tão repisado até o momento, é uma atitude, uma escolha do Poder Judiciário de agir proativamente frente ao déficit dos Poderes Legislativo e Executivo, onde o Judiciário passa então a aplicar seus próprios entendimentos baseados em análises dos textos constitucionais explícitos (regras) e os implícitos (princípios), podendo até mesmo expandir o seu alcance além do caso concreto (quando se tratar de julgados dos tribunais superiores, onde algumas decisões possuem poder vinculante com eficácia *erga omnes*) para o fim de suprir omissão dos outros Poderes, que prejudicou e/ou prejudicará os jurisdicionados.

Já a judicialização é fato, ou seja, significa dizer que o Poder Judiciário já está atuando para a resolução de questões de grande repercussão que em natura não competem a ele, mas sim às instituições políticas, sendo o Congresso Nacional e o Poder Executivo, que ao serem omissas no cumprimento de suas atividades abrem espaço para análise judicial, posto que o modelo constitucional brasileiro autoriza e encoraja essa fiscalização.

Logo, a judicialização é um fato que decorre da autorização constitucional para que o Poder Judiciário cuide de pontos sensíveis da política pública quando os órgãos públicos a quem inicialmente as cabe não o fizerem ou fizerem de maneira ineficiente.

Desta maneira é que se pronuncia Luís Roberto Barroso¹⁰

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Verificado então que a judicialização se demonstra (tendo em vista que é situação fática que passou a ganhar destaque) basicamente quando o Judiciário atua a fim de cumprir o que é previsto constitucionalmente, mas que de certa maneira acaba refletindo em um posicionamento político sobre questões de grande respaldo social e democrático, sendo o âmbito da saúde o que tem ganhado maior destaque não só dos utilizadores do direito, como também da opinião pública e de populares, já que saúde está intrinsecamente ligada a qualidade de vida e por conseguinte à dignidade. E sendo um ponto tão sensível, merece uma observação maior, em razão

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Consultor Jurídico. 2008. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3> Acesso: 06 ago. 2018

do aparente desmazelo com que vem sendo tratado pelo Poder Público. Que trataremos adiante.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Mínimo existencial é o nome dado ao conjunto de direitos materiais que são inerentes a condição humana, que providenciam um bem-estar e dignidade ao indivíduo. A nível constitucional brasileiro são chamados de direitos fundamentais, e são aqueles que garantem acesso a direitos como saúde, educação, moradia, trabalho e etc.

É possível dizer que os direitos fundamentais possuem respaldo histórico na doutrina apresentada pelo filósofo São Tomás de Aquino, cuja ideia defendia um direito natural do homem a direitos básicos, em razão desse possuir sua existência baseada na criação divina.

Ao pensar em direitos fundamentais, de imediato fazemos a ligação com dar àqueles mais necessitados os direitos básicos de uma existência digna e equitativa, e protege-los através do cumprimento das normas concessivas de direitos, tendo em vista que não é costumeiro falar-se do mínimo para aqueles que possuem tudo, pois destas pessoas nada é suprimido.

Contudo, as pessoas que precisam da constante atuação do Poder Público para a manutenção de seus direitos foram os que mais sofreram com a ausência dessa proteção ao longo da história, pois, em um primeiro momento, os direitos sociais não eram objetivados pela sociedade, não eram uma preocupação pública, e dentro deste contexto, chamado Estado Patrimonialista, os pobres também eram tributados, a fim de suprir os desejos do Estado-monarca. Ainda, cabe ressaltar que neste cenário não existia a distribuição de renda, ou seja, todo o valor que era arrecado através das tributações se concentravam unicamente na coroa e era destinado conforme seu entendimento, entendimento este que nunca foi em prol do desenvolvimento social.

Com a ajuda dos dízimos oferecidos em cerimônias religiosas a Igreja passou a cuidar dos desafortunados, mas como não existia nenhuma perspectiva de ascendência social para estas pessoas, criou-se um estado de dependência destes para com o seu benfeitor, em outras palavras, as pessoas se mantinham em estado de mendicância, posto que não tinham possibilidade de melhorar de vida e havia quem, mesmo que precariamente, os mantivesse.

A proteção estatal destes direitos passou a ser identificado em um cenário de transição, o chamado Estado de Polícia, onde passou-se a aliviar a

tributação daqueles que possuíam menos recursos, e atribuir ao Estado a tarefa de se responsabilizar pela sua proteção.

Dentro de um Estado Moderno essa mendicância do povo foi desestimulada pelo próprio Poder Público, na medida em que este passou a oferecer oportunidades de desenvolvimento para as classes economicamente inferiores.

Essas transformações do Estado têm ligação incontestável com a evolução dos direitos fundamentais na sociedade, e, por esse motivo cabe análise das dimensões dos direitos fundamentais que aderiram na forma a qual se constitui e define um Estado, quais sejam as dimensões que tratam de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

3.1 Primeira Dimensão Dos Direitos Fundamentais

O ser humano sempre viveu em coletividade, mas demorou muito até que o Estado fosse organizado por meio de uma constituição, o que se deu apenas no século XVIII, por uma questão de necessidade, uma forma de organizar a sociedade e preservá-la, com separação das funções em Legislativo, Executivo e Judiciário e ainda uma “carta de direitos”.

O que melhor define o constitucionalismo de per si, é o ensinado por Nicola Matteucci¹¹, que diz:

É a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas.

Neste condão, é possível compreender que a mudança do perfil constitucional ao longo do tempo se deu em razão da mudança da sociedade que a receberia, e todas as novas necessidades e evoluções do povo refletiram fortemente no Texto Mor, que garantiu direitos oponíveis aos detentores do poder.

Diante disso, temos que o constitucionalismo, em sua primeira dimensão, então chamado de Estado Liberal, tinha uma postura negativa,

¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. UNB Universidade de Brasília, 1986, p. 247-248.

essencialmente garantista, ou seja, um modelo constitucional de separação de poderes e declaração de direitos. É conhecido como negativista pelo fato de que o Estado nesse momento não atuava como um interventor, ele apenas declarava e assegurava os direitos de liberdade de seus governados, como liberdade religiosa e econômica, por exemplo.

Neste contexto, como o Estado concentrou para si todos os poderes, inevitavelmente se tornou opressor, proporcionando àqueles que tinham muito a possibilidade de exploração sobre os menos favorecidos. Segundo Fredrich Engels¹² “[...] o Estado é um organismo para a proteção dos que possuem contra os que não possuem”.

Com o início da revolução industrial no século XVIII, essa exploração se tornou mais evidente, na medida em que as máquinas iam tomando o lugar dos homens, os operários se viam obrigados a aceitar trabalhos com péssimas condições para não ficarem desempregados, e então passaram a trabalhar exaustivas horas em ambientes insalubres e com baixa remuneração. Modelo que era permitido pelo modelo constitucional liberal da época, como é colocado por Sahid Maluf¹³:

Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro. [...]. A todos, ele assegurava os mesmos direitos e as mesmas oportunidades.

Devida a abstenção do Estado na proteção dos menos favorecidos, deu-se início a movimentos sociais, onde a classe não possuidora de recursos começou a se rebelar contra o sistema que vigorava. Dessa forma, o Estado foi obrigado a se remodelar, tendo em conta que a outra opção era perecer frente aos movimentos reacionários. E assim, evoluiu para a forma social-democrática, passando a intervir em áreas antes ignoradas, como economia e relações de trabalho, por exemplo, como afirma Sahid Maluf¹⁴.

Nos Estados Unidos da América do Norte, essa reestruturação somente ocorreu após a Grande Depressão, que assolou não só os países da América, como afetou vários no continente Europeu.

¹² ENGELS, Frederic. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**, 1986, p. 229-230.

¹³ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Saraiva. 13ª ed., 2013., p. 161.

¹⁴ MALUF, loc. cit., 2013, p. 163.

O programa *New Deal* (novo acordo) de Roosevelt foi criado como forma de recuperar e reformar a economia norte-americana que estava em pedaços, e também auxiliar as pessoas prejudicadas pelos efeitos da Grande Depressão.

Dentre as medidas implantadas para que o país entrasse novamente no eixo, foram criadas novas oportunidades de emprego, além da ampliação de obras públicas e leis de proteção aos trabalhadores e desempregados, para que esses detivessem a mínima oportunidade de participação no mercado, além do Estado passar a tomar uma postura intervencionista na economia, o que gerava desconforto aos mais conservadores, que pregavam o liberalismo e a livre concorrência.

Os efeitos da Grande Depressão se alastraram também pela Europa, e assim, vários países deixaram de adotar o liberalismo e tomaram uma postura intervencionista, entretanto, na medida que apostaram em um Estado forte, deram oportunidade para que o poder se concentrasse todo nas mãos de uma só pessoa, e o contexto histórico-econômico no qual se encontravam explica a ascensão de figuras autoritárias, como Hitler, na Alemanha, e Mussolini, na Itália, por exemplo, e neste cenário, movimentos socialistas e comunistas de um lado, e o nazismo do outro, ambos extremistas. Incoerentes tal qual o modelo que existia anteriormente, não resolveram os problemas da sociedade capitalista que levava o trabalhador a própria sucumbência, apenas os transferiu para a seara pública.

Outra consequência da crise de 1929, foi a percepção estatal de que não mais poderia deixar de cuidar de seus cidadãos, sendo iniciada a partir deste momento, uma atitude mais protetora do Estado, como se nota no ensinado por Eric Hobsbawm¹⁵:

A Grande Depressão obrigou os governos ocidentais a dar às considerações sociais prioridade sobre as econômicas em suas políticas de Estado. Os perigos implícitos em não fazer isso – radicalização da esquerda e, como a Alemanha e outros países agora o provavam, da direita – eram demasiado ameaçadores.

Na França, lutas contra a desigualdade social existem desde o século XVIII, e por meio da Revolução Francesa, objetivavam o fim do absolutismo e condições melhores de vida. Com o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, os até então integrantes da parte segregada da comunidade francesa, chamados de

¹⁵ HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991**. Companhia das Letras. 10ª edição. 2008, p 99.

Terceiro Estado (sendo o rei o primeiro, e o clero o segundo) mudaram a história não apenas de seu país, como serviram de exemplo para muitos outros ao redor do globo.

Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araujo¹⁶, Walther Rothemburg, Paulo Bonavides¹⁷ e os portugueses Jorge Miranda¹⁸ e José Joaquim Gomes Canotilho¹⁹ dividem os direitos humanos fundamentais, em três gerações ou categorias, como características próprias dos momentos históricos que inspiraram a sua criação²⁰.

Esta classificação tradicional, no entanto, foi alvo de críticas, as quais apontam para a não-correspondência entre tais “gerações de direito” e o processo histórico de efetivação dos direitos humanos.

Como destaca Carlos Weis, insistir na ideia geracional de direitos, “além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais”. Nas palavras de Carlos Weis²¹, o que pode se pensar ser apenas uma questão vocabular acaba por determinar perigosa impropriedade da locução, ao conflitar com as características fundamentais dos direitos humanos contemporâneos, em especial sua indivisibilidade e interdependência, que se contrapõem à visão fragmentária e hierarquizada das diversas categorias.

Também contrário a classificação histórica de Norberto Bobbio, que foi relatada em “A era dos direitos”, Valério Mazzuoli²² afirma que as gerações induzem à ideia de sucessão, através da qual uma categoria sucede a outra que se finda. Para o autor, o processo de desenvolvimento dos direitos humanos, assim, opera-se em

¹⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Curso de direito constitucional, p. 87-88.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 516-525.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Vol. IV, p. 12-18.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 380.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p. 6. No mesmo sentido: “Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: as liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os direitos sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos direitos de solidariedade”.

²¹ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**, p. 40-44.

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais**, p. 211.

constante cumulação, sucedendo-se no tempo vários direitos que mutuamente se substituem, consoante a concepção contemporânea desses direitos, fundada na sua universalidade, indivisibilidade e interdependência.

3.2 Segunda Dimensão Dos Direitos Fundamentais

A Segunda dimensão dos direitos fundamentais tem seu marco de surgimento atrelado as promulgações da Constituição do México de 1917, e da Constituição da República Alemã, também chamada Lei Fundamental de Weimar, de 1919.

O Estado social nasce com o fim de disseminar os direitos de igualdade e promover a sua união com os direitos de liberdade (que já eram reconhecidos como fundamentais desde a primeira dimensão). A partir dessa segunda fase do constitucionalismo, os direitos de igualdade impõem condutas prestacionais aos governantes, somando-se ao Estado garantista uma postura de busca pela equidade.

A Constituição Mexicana marca a positivação das reivindicações e princípios iniciados na Revolução Mexicana de 1910, iniciada por camponeses e índios que se insurgiam primordialmente contra a ditadura de Porfírio Diaz (que foi reeleito sucessivas vezes de 1876 a 1911), que tinha um modelo centralizador oriundo da dominação espanhola.

Este diploma legal possui alta relevância para a dimensão de direitos de igualdade, porque sendo reconhecidos a nível constitucional traçam qual é a postura que aquele Estado visava ter. E nas palavras de Fabio Konder Comparato²³:

O que importa, na verdade, é o fato que a Constituição Mexicana em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura do mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidente de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para construção do moderno Estado Social de Direito.

Ou seja, ela é um importante precedente histórico que trouxe inovações na forma com que se pensava direitos humanos na época. Na Europa, por exemplo, essa consciência social dos direitos humanos só começou a se firmar após o fim da

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Saraiva, 2008, p. 181.

Primeira Grande Guerra (1914-1918), sendo a Constituição Alemã, o marco europeu que eleva os ideais sociais a patamar fundamental/constitucional.

A Lei Fundamental de Weimar, que também nasceu num período de grande perturbação social, sedo oriunda de uma Assembleia Constituinte convocada em meio à profunda crise econômica e a perturbações sociais também imputáveis à ameaça socialista, visto que a Alemanha no pós Primeira Guerra estava um caos, onde a população sofria até mesmo com a falta de alimentos.

Buscou a constituição da República Alemã assegurar direitos sociais e trabalhistas que foram pioneiros na Europa.

Segundo Carlos Miguel Herrera:²⁴

Frente a este “modelo soviético” (a superar), reaparece na reflexão do direito público a idéia de um “Estado social”, que será desenvolvida na Assembléia de Weimar por Friedrich Naumann, seu defensor mais lúcido naquele momento. Em Naumann, o Estado social conserva as raízes desta política de integração que remontava, na Alemanha, à política das elites prussianas do século XIX, mas, sobretudo, prolonga-se, ante o novo contexto, com um reconhecimento dos “direitos dos homens associados” (der Verbandmensch). O Estado social aparece como uma espécie de nova síntese orgânica do objetivo de integração, eqüidistante do individualismo ocidental e do coletivismo russo.

O rol sistematizado de direitos previsto no Livro II da Constituição de Weimar, ao garantir liberdades públicas e prerrogativas sociais, celebrizou a Constituição Alemã de 1919, que mesmo com contradições, inspirou textos constitucionais por todo o mundo, inclusive no Brasil (Constituição de 1934).

A forma com que o Estado passa não só a enxergar os direitos fundamentais, mas também a sua responsabilidade como ente representativo do povo, devendo prover-lhe o bem-estar é carregada por uma carga histórica de lutas, como se viu.

Com a nova postura adquirida vislumbra-se um dever de atuação positiva do Estado na defesa da dignidade da pessoa humana, onde este passa a deixar de lado a política de não intervenção, que só beneficiava pessoas favorecidas economicamente a manterem o círculo de dominação sobre os que precisavam de proteção pública.

²⁴ HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2010 p.15-16.

O Estado, neste momento, passou a preocupar-se com sua função social, visando o bem-estar de seu povo, promovendo ações para preservação da cidadania que outrora foi fortemente abusada, para isso políticas públicas passaram a ser, então, o objetivo maior dentro dessa nova forma de administrar, e passaram a ser manifestas no mundo material através de programas criados e implantados pelo governo.

Em razão dessas obrigações urge a tarefa de tomar determinadas providências visando alavancar o desenvolvimento de seu povo dando-lhes o mínimo necessário para que consigam alcançar amplamente seus direitos.

Dessa forma compara Augustin Gordillo²⁵ Leonardo Cacao Santos La Bradbury²⁶, ao comparar tais formas de Estado:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.

Portanto, é perceptível, quase palpável, a diferença na preocupação com as necessidades do ser humano. Entretanto, a busca pelo estado ideal não foi alcançada nesta dimensão. Apesar de ter sido um passo em direção ao respeito pelas necessidades individuais e a busca para garanti-las, o mesmo limitou-se às fronteiras de cada país.

Nessa concepção ainda não havia sido positivado nada que remetesse que referidos direitos pertenciam a todos.

Sentido em que se manifesta Fábio Konder Comparato²⁷:

Essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral, uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

²⁵ GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**, tradução de Marco Aurélio Greco; revisão de Reilda Meira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 443

²⁶ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos**. 2006. Acesso em: 12 mar. 2018

²⁷ COMPARATO, 2008, op. cit., p. 12

Em a “lei escrita” leia-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, que foi criada com o propósito de disseminar a igualdade essencial existente em todos os homens, e “sociedade organizada” como toda a comunidade internacional que passa visar a proteção humana dentro de uma coletividade que ultrapassa fronteiras estatais.

3.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais

A Segunda Guerra Mundial (1939-1945), foi palco de grandes violações aos direitos humanos em todas áreas. Massacres, experiências com pessoas, torturas, crimes de guerra, genocídio e outros crimes contra a humanidade foram registrados nesse momento em que faltou respeito ao ser humano, em especial alguns grupos e etnias, como os judeus.

Frente a este cenário, entidades como a Organização das Nações Unidas (ONU) foram criadas para proteger o Homem, pois, neste momento passou-se a pensar neste como um gênero, uma única raça, a humana, onde todos deveriam ser protegidos da mesma forma e não apenas grupos específicos de pessoas como antes. E essa preocupação se torna evidente logo em seu preâmbulo, determinando que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros”.

A seu respeito, comenta Sydney Guerra²⁸ que:

É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria.

É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito.

E, visto que a moral e as boas maneiras constituem a mais nobre manifestação da cultura, é dever de todo homem acatar-lhe os princípios.

Temos então que, deve o homem transcender qualquer fronteira seja as linhas divisórias dos países ou qualquer outra que o impeça de reconhecer no outro um ser semelhante a ele. Deixando de lado qualquer animosidade que afaste a celebração da cultura e história de cada povo em sua singularidade.

²⁸ GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Saraiva. 2011, p. 169.

Com estes ideais, a Carta de São Francisco organizou a ONU (1945), que substituiu a Liga das Nações, com a nova entidade vieram princípios de direitos humanos numa ordem internacional, cabe salientar que sua idealização se deu ainda durante a Segunda Guerra Mundial por aqueles que lutavam contra o eixo nazista, e essas concepções mudaram o sistema westfaliano, que até este momento reconhecia o Estado como único ser de Direito Internacional²⁹.

Mas apenas em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem é que os direitos humanos foram positivados em uma escala universal, objetivando proteger as futuras gerações dos horrores de uma guerra mundial, e para isso tem como principal forma de condução de suas ações a diplomacia entre os países, e dessa forma se estabeleceu como indispensável em todo o conflito de escala internacional.

Paulo Bonavides³⁰ explica que:

Enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano. [...] Emergiam eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Essa dimensão juntou os direitos de fraternidade/solidariedade aos de liberdade e igualdade, sendo implantado os direitos coletivos em lato sensu, ou seja, a preocupação transcende o “eu” e prioriza o “nós”.

Nessa fase se vê direitos com alto teor de universalidade e humanismo, o que fez com que passassem a ser içados direitos que iriam além do interesse de um único indivíduo ou nação, pois a partir desse momento os direitos fundamentais já tinham a intenção de se preocupar com todo o gênero humano.

E a partir dessa ideia começam-se as codificações de direitos fundamentais em Tratados Internacionais, com o objetivo de padronizar a referência de direitos essenciais nos países que se tornassem signatários.

Dentre os quais temos o Pacto de San José da Costa Rica, celebrado pelos membros integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), que busca a consolidação de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, solidificado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país

²⁹ GUERRA, op. cit. 2011, p. 83.

³⁰ BONAVIDES, op. cit. 2003, p. 569.

onde a pessoa resida ou tenha nascido. O que justifica a criação e dissipação do que chamamos de mínimo existencial.

Além de positivizar esses direitos prevê também a Corte Interamericana de Direitos como forma de garanti-los, visto que se destina a analisar casos de violação de direitos humanos nos países integrantes da OEA que reconheçam sua competência para tal.

Ficando clara que a intenção dos Estados era de desenvolver meios a fim de garantir a paz e segurança internacional, o que por consequência propagaria um sistema de maior proteção aos direitos humanos.

E dessa maneira, com a internalização dos direitos humanos, as questões Estado-nacionais, deixaram de ser apenas de relevância para aquele ente, mas sim, para toda uma comunidade internacional, que fiscaliza e reprime injustiças que possam vir a ser cometidas.

3.4 Mínimo Existencial Na Constituição Federal de 1988

A CF/88 foi criada num período de pós ditadura militar, e vinha com forte ânimo de democracia e a busca por proteção aos direitos básicos (no caminho do que já era o posicionamento internacional naquela altura, como verificado), assim, clamando por um país Social Democrático.

Contudo, dentro do que prevê a Constituição Cidadã, não há nada que se refira diretamente a um mínimo existencial, algo que traga expressa a sua obrigatoriedade e uma finalidade a ser perseguida, mas tal situação não minimiza sua importância, pois, como cita Ana Paula Barcellos:³¹

[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como existência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Assim, nítido que não se trata de buscar no texto constitucional pelo termo expresso, mas sim, perceber em seu conteúdo toda a preocupação com os

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 252

direitos que garantem o mínimo de dignidade, e mais que isso, que projetam além do essencial para sobrevivência, o bem-estar necessário para usufruir de seu tempo e vida, que no geral estão contidas nos artigos 1º, 3º 5º e 6º da CF/88.

E é variada na doutrina as tentativas de se conceituar este termo, mas o que nos parece até aqui, é que não há de fato uma dificuldade em conceituar o que seria o mínimo existencial, posto que o termo fala por si só, o ponto crucial, em verdade, é cuidar para que ele seja adequadamente assegurado, pensamento compartilhado por Norberto Bobbio³² que referindo-se ao tema, disse que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”

Claro que não é em vão a conceituação do termo, por certo que até adequado, contudo, trabalhar na relevância e conceituações do mesmo não pode nos desviar a atenção de sua razão de existir, qual seja, a promoção de direitos sociais capazes de providenciar dignidade e bem-estar para as pessoas.

3.4.1 Direitos fundamentais como mínimo existencial

Firmado o conceito de que o mínimo existencial é o conjunto de direitos e garantias inerentes a existência do ser humano, e que a função do Estado não é apenas respeitá-los, mas também proporcionar meios para que esses direitos saiam do campo teórico e sejam realmente efetivos, de forma que sua ausência fere a dignidade da pessoa humana, que aliás, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, descrita no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Tendo princípios como a “proibição da insuficiência” a finalidade de guiar a concretização dos direitos sociais definidos a partir da Constituição Federal, de forma que o legislador estaria vinculado e proibido de suprimi-lo sem uma escusa justificável, como ensina Cristina Queiroz³³.

Nesse conjunto estão presentes direitos relativos a questões sociais, culturais e econômicas previstas não apenas na Magna Carta, como também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e Pacto de San José da Costa Rica, dos quais o Brasil é signatário, assegurando a todo ser humano o direito a uma qualidade

³² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p. 24.

³³ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 105-110.

de vida, de forma que lhes sejam garantidos o acesso à saúde, alimentação, habitação, educação, lazer, dentre outras.

Segundo Peter Häberle³⁴ “O mínimo existencial possui, assim, uma relação com a dignidade humana e com o próprio Estado Democrático de Direito, no comprometimento que este deve ter pela concretização da ideia de justiça social”.

Dito isto, é possível afirmar que os direitos sociais têm como supraprincípio a dignidade da pessoa humana que visa a proteção do ser humano nas mais diversas relações com a sociedade. Essa dignidade passa por alguns parâmetros do que seria o mínimo para uma existência, sendo a saúde uma das, senão a mais, essencial delas, visto que saúde abarca mais do que tratamento médico, mas sim, todo um conjunto de fatores que previnem moléstias, como boa alimentação, lazer, saneamento básico e boas condições de trabalho, que proporcionam o bem-estar do indivíduo e por consequência o proporcionam uma vida saudável.

A priori, cabe ao Congresso Nacional a criação de leis que promovam este bem-estar, que desenvolvam a estrutura mínima do que cerca o homem, trabalhando primeiro no modo de prevenção de doenças, e quando não possível a solução preventiva, seja por se tratar de doença não transmissível, por precária prevenção, ou alto risco de contágio, espera-se que a solução repressiva de tratamentos cirúrgicos, medicação, etc, seja acessível à população.

Resta para o Poder Judiciário verificar se as medidas determinadas pela Constituição para promover o bem-estar da população têm sido cumpridas, e se têm sido cumpridas de maneira efetiva, muitas vezes cabendo a ele a intervenção para assegurar o direito à saúde, que por vezes será o direito à própria vida, haja vista sua função de Guardião da palavra da CF/88.

Importante salientar que o Judiciário vem sendo importante meio de promoção de direitos sociais não apenas no Brasil. A exemplo disso, há julgados como o da sentença T-426/92, da Colômbia, em que foi feita a primeira conceituação do termo “mínimo existencial”, onde na mesma trazem este como sendo ³⁵“un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna³⁶”

³⁴ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 356-362.

³⁵ ARANGO, Rodolfo e LEMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales CIJUS**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002. p. 12.

³⁶ Um mínimo de condições materiais para uma existência digna. **(tradução nossa)**.

Abaixo uma transcrição extraída da Sentença SU-111/97 também da jurisprudência Colombiana, analisada por Arango e Lemaitre³⁷:

Los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela, cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidade humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefesa sucumbe ante su propia impotencia.³⁸

Da análise feita acerca destes e muitos outros julgados, é que se estabelece que a Corte Colombiana trata o mínimo existencial como um direito ou método para determinar o nível de violação a outros direitos. Tendo o conceito do mínimo existencial uma relação com as pessoas cuja subsistência por vezes é ameaçada a depender da forma com que o Estado cumpre com suas obrigações, tanto em nível individual quanto a nível coletivo.

Rodolfo Arango e Julieta Lemaitre³⁹ ressaltam ainda que:

Así, la Corte le da al mínimo vital la función de lograr una igualdad material: "El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar situaciones violatorias de la dignidade humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o em circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13) sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social em una sociedade historicamente injusta y desigual, com factores culturales y económicos de grave incidencia em el "déficit social".

La Corte protege de manera consistente, así pareciera no tener claro la estructuración de sus argumentos, y así la palabra mínimo vital se use de diferentes formas, a las personas cuando, como la misma Corte dice "se comprueba un atentado grave contra la dignidade humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo... sin el cual la persona indefensa sucumbe ante sua propia impotencia"⁴⁰

³⁷ ARANGO e LEMAITRE, loc. cit., p. 16.

³⁸ Os direitos econômicos, sociais e culturais estão vinculados a reivindicações de proteção por meio de uma ação de tutela, quando há um sério atentado contra a dignidade humana de pessoas pertencentes a setores vulneráveis da população, e o Estado, podendo fazê-lo, deixou de emprestar ao povo a matéria mínima sem o qual a pessoa indefesa sucumbe à sua própria impotência. **(tradução nossa)**

³⁹ ARANGO, LEMAITRE loc. cit, 2002, p. 17.

⁴⁰ Assim, a Corte atribui ao mínimo vital a função de alcançar a igualdade material: "O direito ao mínimo vital inclui não apenas o poder de neutralizar situações que violam a dignidade humana, ou de exigir assistência e proteção de indivíduos ou grupos discriminados, marginalizados ou em circunstâncias de fraqueza manifesta (CP artigo 13), mas, acima de tudo, procura garantir igualdade de oportunidades e equalização social em uma sociedade historicamente injusta e desigual, com fatores culturais e econômicos de grave incidência no "déficit" social" A Corte protege de maneira consistente, de modo que parece não ser clara a estrutura de seus argumentos e, portanto, a palavra mínimo vital é usada de diferentes maneiras, quando, como a própria Corte diz, " se comprova um atentado grave contra a dignidade humana de pessoas pertencentes a setores vulneráveis da população, e o Estado, sendo

É possível notar que a corte colombiana trata o mínimo existencial (ou vital, como mencionam), mais como uma função do que propriamente um conceito, que é tão abstrato e vago.

Logo, teria o mínimo existencial a função de efetivar a igualdade material, e assim ser uma forma de “bússola social” com a finalidade de guiar o Estado na tarefa de garantir a proteção do essencial para seu povo, a fim de prevenir que pessoas em situações vulneráveis continuem à deriva quando é de sua obrigação zelar pelo bem-estar das mesmas.

Afora isso, nada de novo na forma com que o mínimo existencial é visto no trecho.

O que, na verdade, ressalta aos olhos na sentença SU-111/97 é o fragmento “y el Estado, pudiéndolo hacer, há dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo⁴¹”, ou seja, menciona que havendo a possibilidade do Estado de fazer com que as funções do mínimo existencial sejam efetivamente cumpridas, não o fez.

Desse fragmento surge uma dúvida acerca da aplicação do mínimo existencial.

Temos por óbvio que ofertar proteção por meio de garantias aos direitos fundamentais, principalmente às pessoas que passam por situações de vulnerabilidade é de clara obrigação do Poder Público, contudo, apenas se este possuir as condições (e entenda-se financeiras) de colocar essas garantias em prática?

Para Rober Alexy⁴² por serem as normas que falam sobre direitos fundamentais carregadas de exemplificidade, caberia então uma análise política para determinar-se quais seriam os paradigmas que modelariam a forma com que aquele Estado orienta-se por esse direitos, e por logo, ao se tratar de um assunto político, competiria ao poder legislativo essa tarefa, tendo em conta que foram eleitos democraticamente pelo povo para esta tarefa.

Sabe-se que nenhum direito (mesmo que fundamental) é absoluto, e dessa forma, a cada caso concreto onde houverem princípios conflitantes deverá ser

capaz de fazê-lo, deixou de promover o apoio material mínimo ... sem o qual a pessoa indefesa sucumbe à sua própria impotência". **(tradução nossa)**

⁴¹ E o Estado, podendo fazer, deixou de prestar o apoio material mínimo. **(tradução nossa)**.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2015. p. 508

feita uma ponderação de valores, para que seja avaliada a preponderância de uma norma sobre a outra.

Então seria correto dizer que, mesmo em situações onde ao analisar o caso o juiz identificando estarem preenchidos os requisitos necessários para que aquele indivíduo receba algum direito (e que sem ele poderá haver danos irreversíveis), poderá negá-lo sob o fundamento de prejuízo à teoria de separação dos poderes?

A princípio pode parecer uma situação delicada, pois de um lado há alguém nitidamente correndo risco imediato, mas, do outro, há uma massa de pessoas indeterminadas que ocasionalmente podem sofrer com a mitigação da qualidade de um atendimento à saúde, pois parte do orçamento separado para o todo foi para benefício de uma só pessoa.

Como já dito acima, é consenso de que nenhum direito é absoluto, e superada a ideia de impossibilidade de relativização passemos a analisar quais são os limites de aplicação dos direitos fundamentais, havendo para tanto, duas teorias distintas sobre o assunto, sendo elas a teoria interna e a teoria externa de limitação dos direitos fundamentais.

3.4.2 Teorias interna e externa de limitação dos direitos fundamentais

Para a teoria externa, também chamada de concepção ampla dos direitos fundamentais, é possível a restrição dos direitos fundamentais por causas externas ao núcleo da norma positivada, ou seja, há uma necessidade de cerceá-los para que possa haver uma convivência harmoniosa entre eles.

Sendo assim, apresenta a ideia de que são necessárias duas etapas para a interpretação, e correta aplicação da norma que traduz um direito fundamental. Em um primeiro momento analisa-se qual é o bem jurídico que aquela norma protege, e sua extensão. Feita essa análise, é possível seguir para o próximo passo, onde são consideradas as situações jurídicas que poderiam de alguma forma “bloquear” a aplicação da norma abordada na primeira etapa. Dessa maneira, ponderando a norma de direito fundamental com seu conteúdo amplo e a sua restrição externa seria possível chegar ao núcleo dessa norma, reconhecendo o que dela é inerente, e indubitavelmente protegido.

A teoria interna por sua vez, surgiu para contrapor o que a teoria externa propagava. Para esta teoria, não seria possível uma restrição aos direitos fundamentais, pois, o direito “vencido” nesta análise ainda está sendo observado naquele caso, não perde sua força, contudo, se alinha um pouco abaixo do direito que se sobressai, mas continua alí, em outras palavras seria como a membrana em uma casca de ovo.

Continuando, ela impõe a ideia de que seria necessária uma ponderação com outra norma, contudo, apenas para auferir qual no caso concreto teria mais relevância e apenas por hora minimizaria os efeitos da outra. Esta teoria não pensa em restrição porque seria algo que bloquearia a extensão de alcance da norma de maneira definitiva para determinadas situações, pois, procurando seu núcleo, aquilo que para a teoria externa seria o que a norma realmente protege, se estaria deixando de reconhecer a sua amplitude, ou seja faria com que a norma de direito fundamental outrora ampla e acolhedora perdesse sua essência fundamental que é a capacidade de abrigar todas as pessoas debaixo de seu manto de proteção.

Contudo, surge uma crítica no que tange essa expansão, pois, essa abertura, essa capacidade de acolher e proteger muitas situações ao mesmo tempo passa a se tornar inviável em uma aplicação ao caso concreto, tendo em vista que existirão situações onde mais de uma norma fundamental, e, portanto, mais de uma norma com ampla proteção estarão jogando seu manto sobre a lide, sendo cabível a ponderação destas normas, quais seriam os parâmetros para guiar a hermenêutica e impedir que essas se tornem desmandos do julgador?

O sistema mais utilizado para solucionar este conflito de normas é o “sopesamento dos interesses conflitantes”, descrita por Robert Alexy⁴³. O filósofo ainda a subdivide em outras três fases, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Essa ponderação se inicia com a fase de adequação, onde é analisado qual das normas fundamentais que podendo regular a situação possui a aptidão para gerar uma melhor resolução para o conflito. Em um segundo momento é observado a necessidade, e neste ponto, é verificado quais os meios necessários para se evitar que aquela norma fundamental que não se adequou para a resolução do conflito seja de alguma forma atingida, ou seja, não é porque esse direito fundamental não se

⁴³ ALEXY, Op. cit., 2015. p. 116-118.

sobressaiu para solucionar o caso fático que deve ser ferido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que traz a importância de se analisar se a norma fundamental aplicada no caso concreto tem a relevância capaz de suprimir aquela que não foi escolhida.

Dessa forma, no caso concreto, o princípio que momentaneamente não for a mais adequado cederá espaço para que o outro seja observado, para que dessa forma seja dada a resposta mais justa e eficiente possível em se tratando de uma lide baseada em conflitos de princípios.

4 DA RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível, chamada por alguns de “limite do orçamento” é uma teoria que remonta aos anos 1970, tendo surgido por meio de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, referente à quantidade de vagas para adentrar a universidade (numerus-clausus: Entscheidung). Neste momento, a decisão não foi fundamentada em carência orçamentária, mas sim na razoabilidade, observando a existência de uma limitação fática dos estabelecimentos de estudo, pois, não era possível naquele momento acomodar todos os estudantes capacitados às Instituições de ensino, haja vista que a alocação de estudantes em um número superior ao das reservas disponíveis poderia ferir o bem comum em prol de alguns.

Apesar de não se ter uma definição consensual acerca da reserva do possível, em seu entendimento no traslado para o Brasil, tem sido fortemente observada como “a reserva do financeiramente possível”, onde o Estado só se obriga a cumprir direitos desde que tenha os recursos necessários para tal, se abstendo desta obrigação se não os possuir.

Importante frisar que contraposto a este ponto temos os direitos sociais fundamentais, e o fato de que sua forma de distribuição na sociedade percorreu um longo caminho até chegar ao modelo que temos hoje, ou seja, um Estado Social Democrático onde o pilar é o próprio povo, e o governo é voltado para atender as suas necessidades, como já traçado no decorrer deste trabalho.

Contudo, as necessidades do povo são infinitas, enquanto que os recursos que o Estado tem para propiciá-las são finitos, e assim, na relação vertical Estado – governados, o primeiro sempre está devendo a prestação de algum direito para o segundo e neste ponto surge a desigualdade.

Dessa forma, quanto mais se necessita de algo, mais complexa se torna a manutenção de tais necessidades, o que por óbvio irá sobrecarregar o sistema se houver apenas um fornecedor deste mínimo existencial. Mas é necessário dizer que essa pressão que o Estado sofre enquanto promotor de direitos e gerador de garantias é reflexo de sua própria forma de administrar.

Explica-se, ao Estado enquanto gestor social, cabe a tarefa de produzir um ambiente propício para que os sujeitos da comunidade possam por eles mesmo se desenvolverem ao ponto de lhes pertencer unicamente, ou em grande parte, os cuidados de seu próprio ser. Por outro lado, se o Estado não propicia esta condição

de autodesenvolvimento, é de se esperar que haja a longo prazo um crescente no número de pessoas que dependam, muitas vezes exclusivamente, de sua proteção.

No sentido de que o desenvolvimento preventivo funcionaria como solução, temos o lecionado por Lucia Alvarenga:⁴⁴

[...] pode-se dizer que a profilaxia para o grande mal é a busca da realização de uma modernidade humana, capaz de assegurar a fruição efetiva do direito à liberdade individual e coletiva, do direito à justiça e à equidade, do direito ao desenvolvimento e ao bem-estar, do direito à paz e à universalidade. **Num primeiro momento, pois, ao lado do crescimento econômico, o remédio é a implementação de políticas para geração de empregos, de redistribuição de renda, de melhoria do poder aquisitivo da população em geral. É esse o grande problema do desenvolvimento, não só do Brasil, como de toda a América Latina [...]. grifamos.**

Em contrário senso, podemos dizer que, enquanto “soluções” de curto prazo forem preferidas no lugar de projetos que a longo prazo gerarão frutos, fazendo com que a coletividade como um todo se desenvolva a um nível que pare de sobrecarregar o Estado, o cenário que temos se perpetuará.

A utilização deste princípio torna-se grave quando utilizada para justificar as omissões legislativas quanto a regulamentação de leis no sentido de implantar programas que garantiriam os direitos sociais, em especial o de saúde, tendo em vista que, um dos objetivos da Constituição é a erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme o art. 3º, inciso III da Carta Magna.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Os direitos sociais em sua maioria, só podem ser concretizados se forem devidamente regulamentados por leis de obrigação dos legisladores ordinários, por se tratarem de normas programáticas, que possuem eficácia limitada e aplicabilidade postergada. Situação que para alguns gera a sensação de poder ser evitada sua imperatividade, sendo este um pensamento equivocado, como veremos a seguir.

⁴⁴ ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional. 1998, p. 156-157.

4.1 A Relação Das Normas Programáticas Com Os Direitos Sociais

As normas programáticas estão diretamente ligadas a questões econômico-sociais, considerando que são diretrizes para a futura atuação do Estado, por meio dessas normas é que são determinados quais caminhos os órgãos estatais devem seguir para cumprir com o que a Constituição determina.

Logo, visível a sua relevância no ordenamento jurídico, ao ser a bússola que guia o Poder Público para onde ir e qual a melhor forma de ir, passando a dar ao Estado uma razão de ser e existir, qual seja a de garantir o desenvolvimento e aplicação eficiente dos direitos fundamentais descritos em sua norma basilar.

Quando a Constituição de 1988 determinou que fosse aplicada a justiça social nas relações, forçando o Estado a agir na ordem econômica para ser capaz de cumprir com este preceito, ignorava o fato da natureza do próprio sistema, no qual predomina o acúmulo de riqueza em pequenos polos, e não a sua distribuição equitativa e digna, entretanto como cita José Afonso da Silva⁴⁵ “um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria”, e é o ponto onde a lei suprema persiste em ser incisiva, preordenando princípios que perseguirão a ordem econômica para serem reduzidas as injustiças sociais, logo, devem ser traçados ponto para que esse estado ideal seja alcançado.

Cabe mencionar a existência da distinção entre disposições programáticas e princípios constitucionais, feita inclusive por Canotilho⁴⁶, que identificou duas espécies de princípios: 1) os princípios jurídicos fundamentais e 2) os princípios políticos constitucionalmente conformadores.

Se refere aos princípios jurídicos fundamentais como “princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional⁴⁷”, em outras palavras, é todo o trajeto de direitos fundamentais pelo qual o constitucionalismo passou ao longo dos séculos, e que hoje se vê como inerente a própria existência humana e por conseguinte, inerentes a forma de construção e estruturação estatal.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2008, p. 141

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 1983, p. 191

⁴⁷ SILVA loc. cit. 2008, p. 191

Já os princípios políticos constitucionalmente conformadores demonstram a valoração que o legislativo constituinte aplicou a estes princípios fundamentais, o que, por conseguinte, reflete de maneira direta na forma com que será organizada as estruturas econômicas e sociais deste Estado.

Entretanto, ambos os princípios são normas genéricas que necessitam tomar corpo dentro do ordenamento jurídico, e por assim ser, possuem textos legais que as tornam mais palpáveis e individualizadas, mas ainda assim, por serem individualizadas por meio das normas programáticas não são completas.

Cabe a exemplificação deste caminho no mundo material, onde temos que em razão dos avanços históricos dos direitos fundamentais no mundo a saúde consolidou-se como um direito fundamental de segunda geração, que foi internalizado por nossa Constituição Cidadã de 1988, e em seu artigo 6º, apenas para ilustrar o exemplo, tendo em vista que a saúde é tema de vários artigos e incisos constitucionais, é possível enxergar o status de direito social que o legislador constituinte aplicou a este direito, vejamos:

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

E ainda, para assegurar o cumprimento da saúde enquanto princípio vetor da nossa sociedade democrática, temos a partir da seção II da CF/88 formas tais quais devem as normas regulamentadoras seguir para o correto cumprimento da saúde, à exemplo, o artigo 198 da Constituição Federal:

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 - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.

Ou seja, seguido todo este caminho, ainda que seja inegável que a saúde é um princípio fundamental, sendo vetor de nossa sociedade e estabelecida as diretrizes que sua implantação deve seguir, a mesma ainda precisará ser abordada novamente pelo legislador infraconstitucional, sendo é claro, observados todos os pontos que já foram dispostos para que possua plena aplicabilidade e eficácia.

4.1.1 Da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais

Ao tratar sobre o tema de aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais faz-se necessário distinguir os diferentes tipos existentes dentro de cada instituto.

A capacidade que a norma tem de gerar efeitos por si só, de não precisar de complementação para regulamentar situações é chamada de eficácia, e nas normas constitucionais variam entre plena, contida ou limitada.

As normas de eficácia plena são autoaplicáveis, logo, possuem aplicabilidade imediata, não necessitam de normas infraconstitucionais para as completarem, são suficientes em si e não podem sofrer qualquer tipo de restrição de norma infraconstitucional.

As normas de eficácia contida, assim como as de eficácia plena também são autoaplicáveis, contudo, é dado ao legislador a possibilidade de regulamenta-la, e em alguns casos até mesmo restringir o seu âmbito de atuação.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que não são autoaplicáveis, ou seja, dependem de regulamentação infraconstitucional para que possam produzir efeitos essenciais, e sem essas leis complementares elas não têm condição de serem aplicadas em sua totalidade.

Entretanto, ainda geram o efeito mínimo, que é o de vincular o legislador ordinário quanto aos seus dizeres, desta forma, não pode ser criada nenhuma lei infraconstitucional que contrarie o que é previsto em uma norma de eficácia limitada. José Afonso da Silva⁴⁸ as classifica como “normas de princípio institutivo, porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições órgãos ou entidades, pelo quê também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo”, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei”. E é neste quadrante que se encontram as normas programáticas, pois, tratam de temas que necessitam de complementação, contudo, são parâmetros que leis posteriores devem ter como referência.

Dito isso, é possível observar que, mesmo estando previsto na Constituição Federal, alguns direitos essenciais, como a própria saúde, necessitam de uma regulamentação infraconstitucional para garantir a sua efetividade.

⁴⁸ SILVA. José Afonso da. Op. cit. 2008, p. 123.

E em razão disso é que alguns autores não enxergavam nessas normas a juridicidade, ou seja, a força cogente para motivar alguma obrigação, Del Vecchio⁴⁹ ao referir-se às normas programáticas da constituição italiana, disse que essas normas impõem antes de um dever jurídico, o dever moral, apresentando enunciados solenes sobre a forma tal que o Estado deve implantar programas, mas que não possuem qualquer exigência jurídica válida.

Contudo, este posicionamento ao longo dos anos tem sido contraposto, pois, como pode existir um texto Constitucional desprovido de qualquer juridicidade? Por natureza o que se apresenta em uma Constituição é imperativo, e gera sim obrigações, e mesmo que em lato sensu, incidem sobre essas matérias e vinculam a forma com que esses temas devem ser tratados por leis infraconstitucionais mais afuniladas nestas questões.

Ademais, se para a criação dessa lei em *stricto sensu* foram observadas as previsões da lei geral, não há como alegar que esta não possua juridicidade, seria ilegitimar a fonte da regra, e fazendo isso, ilegitimaria por consequência, a que dela decorrer.

Desta forma, adequado observar que a análise e aplicação das previsões constitucionais são além de coerentes, um dever do Judiciário, e neste sentido é o que leciona Luís Roberto Barroso⁵⁰

[...] Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao judiciário interpreta-la e aplica-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais. Essa linha de argumentação funda-se sobre a premissa de que a interpretação constitucional seja uma atividade mecânica, subjuntiva de determinados fatos à dicção inequívoca da norma. Não se tratando, portanto, do exercício de uma competência livre ou discricionária, não se está diante de qualquer risco democrático.

Dessa forma, compreende-se que as normas previstas em forma constitucional possuem força de aplicação tanto quanto qualquer outra, e sendo

⁴⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. **Philosophie du droit**. 1953, p. 285. Neste sentido também se mostra Gaetano Azzarati em *Problemi attuali di diritto costituzionale*, p. 98: “Quest enorme in fondo, soto um certo aspetto, non sono nemmeno vere a proprie norme giuridiche, perchè il programa che esse tracciano è destinato ad essere attuato dal legislatore, quando le circostanze ne offrano la possibilitá”. Mas em um segundo aceita pondera que possam ter “um certo carattere di giuridicitá” p. 123.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2012, p. 22.

possuidoras de juridicidade, podem ser motivacionais para tomada de decisões do Judiciário.

É um pensamento que complica a forma com que o Legislativo se relaciona com estas, pois, quando superado este equívoco, sua única escusa para justificar a sua ineficiência como garantidor do bem-estar social passa a ser a deficiência orçamentária, a qual são os próprios que delimitam os parâmetros.

4.1.2 Da questão orçamentária

Já que tratamos da reserva do possível por um ângulo econômico, adequado abordar de maneira breve a forma com que é discutida a questão orçamentária no país.

É preciso assinalar em um primeiro momento a distinção entre quem efetivamente paga os gastos e quem determina quais serão as prioridades para as quais irão os valores recebidos.

O dinheiro que salda os gastos do Estado é proveniente dos tributos que a sociedade paga para aquele através de impostos diretos e indiretos na aquisição de bens ou consumo de serviços, em contrapartida, quem estabelece quais pontos serão prioritários e quanto do orçamento será dirigido para ele é o próprio Estado por meio dos representantes do Poder Legislativo, com o devido sancionamento posterior do chefe do Executivo.

Logo, se a alocação destes recursos é uma escolha feita em razão da análise do Poder Legislativo sobre quais são as necessidades do povo/Estado, então de certa forma é possível atribuir-lhe também a responsabilidade pela escassez dos serviços de saúde.

Explico, se a ele cabe a função de alocar a verba necessária para este âmbito tão essencial, é esperado que o faça visando ser efetivo, pois, aplicar o mínimo para o cumprimento de um direito fundamental de tamanha relevância para o bem-estar e conseqüentemente para a vida das pessoas é retirá-lo de seu posto de direito fundamental e realoca-lo como um direito de segunda categoria.

Nesse sentido é que Andreas J. Krell⁵¹ se manifesta de maneira categórica.

⁵¹ KRELL. Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. 2002, p. 54

[...] 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 “direitos de segunda categoria”.

Quando o Poder Legislativo mitiga o acesso à saúde deixando de alocar quantia efetiva para a boa manutenção deste direito, está tirando a característica de universalidade que a Constituição lhe atribui.

Se, por exemplo, um juízo tem em suas mãos uma lide que verse sobre uma pessoa que tenha glaucoma (conjunto de lesões que podem levar à cegueira) pleiteando ao poder público a realização do tratamento para que o pior cenário seja evitado, caberá a ele a análise da questão custos e competência.

Ao enfrentar esses temas que de certa maneira se completam, o juiz entendendo que não cabe a ele a competência para estabelecer a forma com que as políticas públicas devem ser cumpridas, se reservando unicamente a sua função em sentido estrito como órgão de dizer o direito, se concentrando em aplicar a lei ao caso concreto quando estes se adequarem, não terá que se preocupar com a escassez ou não de recursos que o Estado disponibilizou para o cumprimento deste direito, e dessa forma, notando que esta pessoa tem a doença e que possui por certo o direito a um tratamento digno, e o perigo de dano irreparável que a ausência deste tratamento pode gerar, faz com que este ponto alcance uma escala muito superior ao debate orçamentário

Em contrapartida, se o magistrado toma para si a competência para analisar e determinar a forma com que o valor disponibilizado em orçamento deve ou não ser aplicada, restará para ele maior preocupação com a quantia do valor em caixa para a promoção destes direitos. Mas, como já dito, não é esta a função do Poder Judiciário, não cabendo a ele analisar a possibilidade de bom pagador daquele que acaba sendo condenado, e isso parece até ser melhor visualizado quando se trata o caso de uma relação entre particulares, onde o juiz não observa se o devedor que descumpriu um contrato tem ou não a possibilidade de pagar como peça chave para o desfecho do conflito, mas sim se o fato narrado pelo credor o proporciona um direito amparado por lei, e existindo condena aquele que deve.

5 A HISTÓRIA DA SAÚDE NO BRASIL

A partir da década de 1920 passaram a surgir questões sociais que outrora não eram pontos calorosamente discutidos no Brasil, porque nesse momento com o processo de industrialização que se iniciava surgiram uma série de consequências em cadeia.

Em razão das novas indústrias que se estabeleciam nas grandes cidades o êxodo rural começou a ocorrer em maior velocidade, e com essa urbanização um aumento também da classe trabalhadora com vínculo empregatício, considerando-se que essas pessoas que saíam da zona rural procuravam uma condição de vida melhor ao fazê-lo. Entretanto, no modelo dessa época as condições de vida dos trabalhadores nas indústrias eram demasiadamente precárias, sem falar que a infraestrutura das cidades também não era preparada para acolher tantas pessoas que vinham ao mesmo tempo, e assim, muitas vezes viviam dezenas de famílias juntas no mesmo cortiço, onde não era comum o tratamento de água e esgoto, situação que facilmente disseminava doenças.

Neste momento as políticas públicas de saúde foram colocadas em dois setores, sendo o primeiro o de saúde pública e o segundo de medicina previdenciária.

A primeira se estendeu como prioridade até meados dos anos 1960, onde suas ações se concentravam na criação de condições sanitárias mínimas para a população urbana, e em menor escala para a rural.

Com a escassez de recursos para a distribuição em diversos setores somada a conflitos de gestão, o que era para ter solucionado o problema de saúde pública no Brasil na verdade se demonstrou mais como tantos outros projetos que no campo prático não se tornaram efetivos. Nesse declínio da saúde pública, em meados dos anos 1960 passou-se a supervalorizar a medicina privada e a previdenciária, onde os médicos eram incentivados a tornarem a saúde algo lucrativo, e recebiam certos privilégios para continuarem operando, como a (re)organização da prática médica, de modo que esta se adequasse ao novo modelo capitalista que se instalava no país.

As reformas criadas com o fim de minimizar o cenário que havia se instaurado não tiveram êxito, tendo o Ministério da Saúde agido para retomar as medidas de saúde pública anteriores, o que não ocorreu sem embates.

Essa situação se prolongou até a Assembleia Constituinte, onde mesmo havendo separação entre dois grandes blocos, sendo um deles apoiado por grandes

grupos hospitalares e farmacêuticos, o que saiu vitorioso foi aquele que prezava pelo movimento sanitário. Dessa forma, o sistema em tese muda, passando a aumentar a importância do setor público e da universalização do atendimento e a redução do protagonismo da medicina privada.

Na CF/88 foi estabelecido o Sistema Único de Saúde (SUS), que seria um projeto fundamentado e guiado pelas necessidades da população, mas que só foi regulamentado em 19 de setembro de 1990, pela Lei nº 8.080/90, que definiu as formas de organização e de funcionamento do programa. Esta lei passou a definir a saúde através de uma visão mais ampla, englobando aqui questões como moradia, alimentação, meio ambiente, lazer, etc.

A Respeito de sua estrutura, afirmam Alan Vendrame e Jamile Coelho Moreno⁵²:

O SUS foi concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Foram definidos como princípios doutrinários do SUS: universalidade (o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, renda, ocupação, ou outras características sociais ou pessoais), equidade (princípio de justiça social que garante a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie). A rede de serviços deve estar atenta às necessidades reais da população a ser atendida), integralidade (significa considerar a pessoa como um todo, devendo as ações de saúde procurar atender à todas as suas necessidades).

O que em tese é realmente inspirador, na prática não tem sido realmente implantado de fato, devido a escassez orçamentaria para cobrir tudo o que foi abarcado por esta lei.

O contexto atual volta (se é que algum dia deixou de ser) a se direcionar para o ponto da descentralização estatal do posto de maior responsável por essas questões, disseminando para polos privados aqueles que podem pagar por esta saúde privada, e concedendo, no geral, apenas o mínimo, muitas vezes de forma precária àqueles que não podem pagar.

⁵² MORENO, Jamile Coelho, VENDRAME, Alan. **Saúde como Garantia Fundamental: Uma Perspectiva da Evolução Constitucional e Histórica das Políticas públicas. Direitos Sociais, uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais.** Boreal. 1ª ed. 2011, p. 15

Isto é, não concedem corretamente nem o mínimo ao qual se propõem, o que demonstra mais que o desrespeito à Constituição, escancara o desrespeito a dignidade das pessoas e a tudo que foi historicamente construído para que os direitos inerentes à vida humana fossem respeitados.

5.1 A Judicialização da Saúde

Já inequivocamente superada a distinção entre ativismo judicial e a judicialização, temos concebida a ideia de que a judicialização é então um fato, logo, quando falamos em uma judicialização da saúde, estamos falando não de uma atitude do judiciário de tomar a frente e solucionar essas questões sem que haja previsão legal para tanto, (re)interpretando o texto constitucional ou leis infraconstitucionais sem fundamentos, mas sim de um cenário onde passou a ser comum a busca pelas vias judiciais para conseguir atendimentos de saúde, e sendo “dizer o direito” a função primeira do Poder Judiciário, cabe a ele responder esses anseios quando provocado, como é previsto constitucionalmente, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXV.

Nesta cena, o juiz acaba por interferir na verba destinada à saúde de todo um conjunto social, decidindo sozinho onde ela deve ser aplicada, e a quem favorecer, haja vista que analisa casos individuais deixando de observar o todo, o que difere da forma com que as políticas públicas são feitas, e de certa forma compromete a questão orçamentaria que foi planejada para aquele município, estado, ou até mesmo a União, tendo em vista que o orçamento destinado para o âmbito da saúde destes entes é alterado por uma força externa.

Em contrapartida, a saúde é um dos pilares da República Federativa do Brasil, o que é elencado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, no Capítulo da Seguridade Social, sendo a saúde um dever do Estado. Para demonstrar isso veja-se a transcrição dos artigos 196 e 197:

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou

através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Para desenvolver os serviços públicos, o Estado conta com instituições, e organizações que ficam encarregadas de cumprir o disposto em leis, instituir programas e promover ações capazes de satisfazer de forma integral os direitos difusos, coletivos e individuais.

Por certo que sem a implantação de políticas públicas, não existiria um Estado Social (e vice-versa). Para Maria Paula Dallari Bucci⁵³ “a formação da política pública consistiria, portanto, num processo, e os programas de ação do governo seriam as decisões decorrentes desse processo”, isto é, os programas de proteção aos direitos básicos, em especial a saúde, não são criados sem que antes hajam diretrizes que estabeleçam a forma com que o objetivo (que é a entrega do direito) irá ser alcançado.

Essas diretrizes são apresentadas através das leis, sendo elas o seu fundamento, logo, tem o legislador o papel de realizar o ato que desencadeará em uma série de outros atos voltados à proteção desses direitos básicos.

Para tanto, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, a população tem voz, sendo-lhe possibilitada a participação igualitária na gestão através de organizações representativas no que tange à confecção dessas políticas e no controle de ações em qualquer nível⁵⁴.

Logo, cabe ao Congresso Nacional, com a ajuda dessas organizações, determinar as questões que devem ser priorizadas naquele momento pelo qual passa a sociedade, e produzir as leis que servirão de orientação para a promoção de ações capazes de satisfazer esses direitos, sempre tendo como base o que é estabelecido na Constituição Federal como fundamental, e por lógico uma obrigação estatal.

Todavia, não há como falar em estabelecer prioridades de políticas públicas sem mencionar a questão financeira, posto que ambas estão constantemente atreladas uma a outra.

⁵³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 264

⁵⁴ CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, art. 204: As ações governamentais, na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[..]

II – Participação da população, por meio de organizações representativas, na formação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

A CF/88, impôs objetivos de proteção que a duras penas vem tentando ser cumprido (com certa desídia, é preciso mencionar), mas, para a aplicação dessas políticas é essencial o recurso necessário, e para isso cria-se impostos ou aumentam os já existentes para que o orçamento dê conta das despesas com a prestação destes serviços.

E mesmo assim ainda não é o bastante, porque a realidade do país, na verdade, principalmente saindo do eixo de grandes centros urbanos, é de que a situação da saúde tem persistido em ser sucateada e negligenciada, onde as pessoas que possuem um pouco mais de recursos buscam por clínicas particulares, enquanto quem não possui nenhum espera nas filas dos corredores de hospitais.

Então, resumindo, nós vivemos em um cenário onde a população é cada vez mais consumida por impostos tanto diretos quanto indiretos para que a demanda de prestação de serviços consiga ser suprida, contudo, no geral não existe um bom atendimento e muitas pessoas morrem enquanto esperam por tratamento médico.

O que é feito do orçamento distribuído para este fim? Se cabe ao Poder Legislativo e às organizações a definição do que deve ser prioridade, como acabam por decidir um numerário que além de não suprir, por vezes parece que irá sucumbir na própria ineficiência?

Dito isso, estaria cometendo o Judiciário algum excesso quando garante ao requerente o acesso à medicamentos, ou outras formas de tratamento por meio do litígio?

É de se saber que aqueles que tem menores condições financeiras não conseguem ter acesso a este direito senão pelas vias públicas, e se com elas não podem contar, muitas vezes não tendo alternativa, buscam pelo Judiciário para que tenham acesso a medicamentos/tratamentos diversos.

Por ser um ponto em que se encontram as maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais dada a complexidade do assunto, o ministro do STF Gilmar Mendes invitou uma audiência pública em maio de 2009, onde os membros da Corte constataram que os problemas que envolvem a eficácia da saúde no Brasil estão ligados mais ao modo precário de implementação das políticas públicas do que à uma ausência de legislação nesse sentido.

Tendo o ministro afirmado ainda, na Suspensão de Tutela Antecipada 175/2009, por exemplo, que o cerne do problema no Brasil não seria a interferência do Judiciário quando da criação e implantação de políticas públicas, pois sua atitude

proativa não passa de simplesmente agilizar o cumprimento do que já é previsto na legislação.

É que o direito a saúde se trata de um direito imponderável frente a qualquer argumento administrativo que com ele bata de frente. Nesse sentido é o tema é explanado por Ana Paula de Brito Jesus, Cleberson Lopes dos Santos e Marcos Alcará⁵⁵

Não se trata de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois, essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços, porém, cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, razão pela qual necessária à tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indisponível.

Ademais, também foi sustentado em análise da STA nº 175/2009 que não há apenas uma proibição do excesso de proteção dos direitos fundamentais, em especial à saúde, também existindo uma “proibição de proteção insuficiente”, contudo, não é um ponto isolado e quando o verificamos é necessário também avaliar o outro lado, qual seja, a possibilidade financeira do Estado em alocar o orçamento que possui da melhor maneira, e é um sistema que leva em consideração os dois pontos que Alexy⁵⁶ defende:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

⁵⁵ JESUS, Ana Paula Brito de, SANTOS, Cleberson Lopes dos, ALCARÁ, Marcos. **Direito à Saúde: A efetividade Constitucional por meio de tutelas jurídicas**. Olinda Livro Rápido, 2016, p. 26-27.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512

Todavia, a saúde, mais do que um direito individual e coletivo, é também uma obrigação do Poder Público.

Para tanto foram estabelecidas 4 diretrizes básicas de desenvolvimento da saúde, sendo elas: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades de prevenção; e a participação da comunidade.

O SUS, brevemente mencionado é o pilar do financiamento público e responsável pela universalização dos atendimentos à saúde, sendo operado de acordo com o artigo 195 da Constituição Federal, com as verbas originadas da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, existindo nos incisos do parágrafo 2º do artigo 198 do mesmo texto legal, regras para assegurar a disponibilização mínima de recursos advinda de cada ente para a devida manutenção do órgão.

Assim, percebe-se a existência de um sistema equilibrado, que teoricamente funcionaria, mas não vemos isso na realidade, porque o sistema está precário e a sociedade perece em razão da ausência do cumprimento dessas medidas.

Logo, seria possível dizer que age incorretamente o juiz de primeiro grau, aquele que está mais próximo do ofendido, ao conceder a este a tutela de um tratamento médico, ou mesmo um remédio que previsto na lei, não se encontra disponível para sua retirada?

A vocação do magistrado é dizer o direito, e, ao ler o texto legal e adequar a situação sub judice a ele, percebendo que encaixam, deve por óbvio, ordenar que município, estado ou União, prestem corretamente esse tratamento/medicamento.

Agora, não podemos deixar de considerar o impacto que tal atitude pode ter se somada a tantas outras que também ocorrem nesse mesmo sentido de concessão do acesso ao direito de saúde. Contudo, não cabe a este juiz de primeira instância, e menos ainda ao indivíduo do povo arcar com a má prestação de saúde no país.

A questão de desenvolvimento e distribuição dos tratamentos cirúrgicos, do oferecimento de medicação é puramente do Poder Público (Legislativo e Executivo), a forma com que estes dois poderes atuam quando providenciam o orçamento para cada área (em especial à saúde), reflete diretamente na maneira com

que os governados irão viver, realizam a chamada macrojustiça, que aliás, é o esperado deles.

E se há descaso no momento inicial da distribuição destes recursos, como é possível que esperem por uma atitude condescendente daquele sujeito que sabe possuir este direito, e que em certos casos pode morrer se não consegui-lo.

Esperar que a sociedade pereça contente e inerte enquanto quem deveria a proteger não o faz, nos parece no mínimo cruel, ainda mais ao culpar essas pessoas que com sacrifício alcançam o que lhes é por direito, pela ausência de recursos para o tratamento do restante da coletividade.

Ora, não seria mais correto que desde o início os programas criados com o fim de proporcionar esse direito funcionassem? Pois, vejamos, se dada a decisão judicial, os entes federativos cumprem com a mesma, concedendo o necessário – seja em termos financeiros ou o medicamento de pronto, então, pode-se dizer que havia uma reserva que poderia ter sido disponibilizada desde o início, e que evitaria a “confusão”.

Agora, se mesmo com isso, insiste-se em manter sucateados os postos de saúde, os tratamentos oferecidos, mesmo sabendo que a demanda aumenta cada vez mais, então claramente que o problema é a forma com que este trabalho está sendo realizado em sua nascente.

Se uma nascente está doente, tudo que advir dela também o será. Portanto, se os Poderes Legislativo e Executivo não mudam sua postura quando alocam verbas na definição orçamentária, não desenvolvem estas áreas que perecem, não será possível uma mudança no quadro fático, que sabe-se não ser o melhor meio, mas o único capaz de evitar injustiças.

6 CONCLUSÕES

A produção do presente trabalho foi de suma importância para que se ampliassem os conhecimentos da autora sobre tema de tanta relevância, que está intrinsecamente conectado a várias searas da estruturação de uma vida em sociedade.

A discussão que envolve bem-estar e vida digna de um lado, com toda a carga histórica de lutas sociais ao longo dos séculos para que os direitos sociais se consolidassem como fundamentais para a vida humana, sendo com o tempo inerente à uma sociedade democrática frente a forma de organização orçamentária, e sobre a limitação de atuação de cada representante do poder estatal se mostra controversa tanto na jurisprudência quanto em doutrina, mas em um aprofundamento sobre as questões, nota-se a imprescindibilidade da manutenção e proteção do direito à saúde. Arriscando colocá-lo em um ponto mais alto no que tange a linha de direitos fundamentais, haja vista que sem saúde, nenhum dos outros direitos básicos podem ser aproveitados em amplitude.

Quando tratamos do fenômeno chamado ativismo judicial, notamos se tratar de uma situação onde o judiciário se ergue para tomar decisões acerca de temas de relevância social frente a inercia dos demais poderes, e notamos a importância dessa atitude, pois, como é sabido, o direito acompanha a evolução da sociedade ao qual pertence, logo, está sempre atrasado em relação a ela, sempre seguindo seus avanços, dessa maneira, essencial que exista um órgão com vivacidade, capaz de interpretar as regras adequando-as de maneira que cumpram da melhor maneira sua finalidade.

E por certo, que em se tratando do cumprimento de direitos que se adequam dentro de um mínimo existencial não seria diferente. Quando analisados os pontos de aplicabilidade dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, notamos que estes se perfazem por meio de normas programáticas, as quais carecem de uma regulamentação por parte dos legisladores, bem como um bom plano orçamentário do poder Executivo para suprir com as necessidades do povo, e que ambas têm sido omissas em suas funções, sob a alegação de uma ineficiência orçamentaria que essas próprias instituições estabelecem.

O que justificaria dizer que, embora não seja do Poder Judiciário a função típica de garantir a prestação desses direitos fundamentais, a partir do momento em que os demais Poderes deixam de cumprir com suas funções típicas

devidamente, nasce para o Judiciário a tarefa de corrigir esta irregularidade, posto que inegável que o cidadão tem direito ao mínimo existencial, não podendo o Estado se escusar de proteger àquele para o qual “trabalha”.

Dessa forma, tendo em mente toda a evolução histórica do direito à saúde tanto no mundo quanto no Brasil, e verificada a responsabilidade do Estado como provedor do bem-estar social, considera-se coerente a posição do Poder Judiciário em garantir o direito do cidadão, porque, mesmo não sendo a promoção de direitos sociais a sua função básica, ele ainda é parte do Estado, é um representante deste, portanto, quando o Poder Público deve algo para com a sociedade, esse algo deve ser entregue, deslegitimar a atitude do Judiciário seria desautorizar o próprio Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros Editores, 2ª edição, 4ª tiragem. 2015.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ARANGO, Rodolfo, LEMAITRE Julieta, HERRERA Clara Burbano, LAMPREA Everaldo, and RUEDA Pablo. **Jurisprudencia Constitucional Sobre El Derecho Al Mínimo Vital. Estudios Ocasionales CIJUS**. Bogotá, DC, Colombia: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes. 2002.

AZZARATINI, Gaetano. **Problemi attuali di diritto costituzionale**. Milão. Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de Expressão e Limitação a Direitos Fundamentais. Ilegitimidade de Restrições à Publicidade de Refrigerantes e Sucos**. Revista De Direito Público Da Economia, nº 7, 2004

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. Saraiva, 6ª ed. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**; UNB Universidade de Brasília. 1ª edição. 1986.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais in Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, 1ª ed, Brasília, Editora Brasília, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, nº 246, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Lei nº 13.300/2016, de 23 de jun. de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**. Brasília, DF, jun, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Rel. ministro Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 17 de mar de 2010, DJe 23 de set de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 25 de out de 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva. 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Direito Público, Ano III, nº 6, Lisboa: Almedina, julho/dezembro de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, Coimbra Editora. 1983.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais Vol. 12 (n. 34), São Paulo, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VI ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, 54/28, p. 239-252, jan./mar. 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Philosophie du droit**. Paris, Dalloz.1953.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
ENGELS, Fredrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 3. Ed. São Paulo: Global Editora, 1986.

FORNAZIERI, Ligia Lopes. **A Grande Depressão de 1929**. Disponível em: <https://historiandonanet07.wordpress.com/2015/07/29/a-grande-depressao-de-1929/>. Acesso em 19 de abr. de 2018.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, André Marques. **Lei da Escassez e a Economia**. **Seminário Estudantil de Produção Acadêmica**. Bahia, v. 10, 2006.

GORDILLO, Agustin. **Princípios Gerais de Direito Público**, tradução de Marco Aurélio Greco; revisão de Reilda Meira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOSEPATH, Stefan. **Uma pretensão de direito humano à proteção fundamental**. Tradução de Cláudia Toledo e Bráulio Borges Barreiros. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos Sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Saraiva. 2011.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. **Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HERRERA, Carlos Miguel. **Estado, constituição e direitos sociais**. In SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HIRSCHL, Ran. **Towards, juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University press, 2004.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991**. Companhia das Letras. 10ª edição. 2008.

JESUS, Ana Paula Brito de, SANTOS, Cleberson Lopes dos, ALCARÁ, Marcos. **Direito à Saúde: A efetividade Constitucional por meio de tutelas jurídicas**. Olinda Livro Rápido, 2016.

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

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

LEAL, Mônica Clarrisa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **Judicialização e o ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2013.

LIMA, André Canuto de F.. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437>>. Acesso em: 25 set. 2018.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 2 set. 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Saraiva. 13ª ed., 2013.

MARTINS, Francisco Jório Bezerra. **A implementação dos direitos sociais, em virtude do princípio da reserva do possível, analisados sob a ótica da eficácia da norma constitucional**. 2009. Trabalho publicado no Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. Não publicado.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Matires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Fernanda Xavier; ASSUNÇÃO Haroldo Celso de. **A Constitucionalização dos direitos sociais uma análise comparativa das constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 como precursoras do constitucionalismo social e sua sindicabilidade**. Publica Direito. [2012?] Data provável. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9ad6aaed513b7314>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MORENO, Jamile Coelho, VENDRAME, Alan. **Saúde como Garantia Fundamental: Uma Perspectiva da Evolução Constitucional e Histórica das Políticas públicas. Direitos Sociais, Uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais.** Bauru: Boreal. 1ª ed. 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407>. Acesso em 07 ago. 2018.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SCHWARTZ, Bernard. **A book of legal lists: the best and worst in american law.** Oxford: Oxford University Press, 1997.

SILVA, Jó Santos da; SANTOS, Jarson Dantas. **Recursos Escassos, Necessidades Ilimitadas?** Revista Brasileira de Administração Política. Bahia, v. 7, p. 127-142, abr. 2014.

SILVA, José Afonso; **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** Malheiros Editores; 7ª edição, 2ª tiragem; 2008.

SILVA, José Afonso; **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** Malheiros Editores; 8ª edição; 2012.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SIMÓES. Eduardo. **Estados Unidos - A crise de 1929: 2. Estados Unidos, um gigante de pós-guerra.** Passe Web. Disponível em:

http://www.passeiweb.com/estudos/sala_de_aula/historia/a_crise_de_1929_2.
Acesso em: 07 mar. 2018.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: As Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 53, jun. 2011. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.