

# **SUBSTANCIALISMO IMPERFEITO: MÍNIMO EXISTENCIAL E JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE**

**Estudo de caso: "José Paulo Bento Martins *versus* Fazenda do Estado de São Paulo"**

Luiz Henrique Martim HERRERA<sup>1</sup>

Paulo Rodrigo PALEARI<sup>2</sup>

Tiago Leitão de ASSIS<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar situação fática ocorrida na cidade de Bauru, a partir da qual será realizado estudo teórico-crítico da aplicação da teoria da reserva do possível, com vistas a avaliar se esta teoria configura fator obstativo à concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que tange ao direito social à saúde, que reclamam prestações positivas do Estado. Para tanto, analisar-se-á, sob referenciais teóricos do direito constitucional contemporâneo, os pressupostos epistemológicos de ponderação no processo de interpretação do conflito da teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais com o argumento estatal da reserva do possível, no passo de pugnarmos pela efetivação dos direitos fundamentais de garantia à saúde. Será averiguado este conflito a partir da análise do procedimentalismo e do substancialismo, concepções estas capazes de influir de forma direta na jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** direito fundamental à saúde; reserva do possível; mínimo existencial; Ativismo judicial.

## **1 INTRODUÇÃO**

A partir do noticiado no jornal local da cidade de Bauru, Estado de São Paulo, com a lide “paciente transplantado em Bauru receberá medicamento enquanto Estado questiona a obrigação ou não de atendê-lo”<sup>4</sup>, interesse foi despertado em compreender as razões pelas quais o Estado, incansavelmente, caminhou pelo judiciário na contramão do preconizado no art. 196 da Constituição

---

<sup>1</sup> Docente nas disciplinas de Direito Constitucional e Prática Jurídica Civil e Advogado do NPC – Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito da Anhanguera Educacional de Bauru/SP. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea: aspectos éticos e políticos e Especialista em Filosofia Política e Jurídica ambas pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. henriqueherrera@hotmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmico do 2º ano do Curso de Direito – Faculdades Anhanguera de Bauru/SP. rodrigopaleari@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Acadêmico do 2º ano do Curso de Direito – Faculdades Anhanguera de Bauru/SP. tiagollogia@hotmail.com

<sup>4</sup> Matéria divulgada no Jornal da Cidade – Bauru, em 05 de junho de 2009, p. 11.

Federal e, da mesma forma, de encontro ao pensamento do alunado recém egresso da disciplina de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Anhanguera Educacional de Bauru.

Em resumo, o caso originou-se do Mandado de Segurança nº 3572/2007 em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Bauru, cuja segurança fora concedida liminarmente e, ao final, julgada procedente com resolução de mérito para determinar o Estado a fornecer o medicamento “Calcort 6mg” para tratamento de insuficiência renal.

Houve interposição de recurso pela Fazenda do Estado de São Paulo (Apelação Cível nº 764.362/1 – 8ª Câmara “B” de Direito Público), oportunidade que fora dado provimento ao recurso<sup>5</sup>, isto é, denegou-se a segurança e, conseqüentemente, fora suspensa a obrigação do Estado de fornecer o medicamento. Inconformado, José Paulo Bento Martins ajuizou Ação Cautelar perante o STJ – Superior Tribunal de Justiça (nº 15.581 – SP; Rel. Ministro Herman Benjamin), visando atribuir efeito suspensivo<sup>6</sup> a Recurso Especial que seria interposto contra o acórdão que denegou a ordem. O STJ concedeu liminar, determinando o restabelecimento do fornecimento do medicamento assegurado pela sentença.

Da análise das decisões, notadamente dos votos dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de apelação, verificamos que o embate jurídico determinante do limiar entre a vida e a morte do jurisdicionado, centra-se no cotejamento da “**Teoria da Reserva do Possível**” (base argumentativa do voto do relator, Des. Luiz Manuel Fonseca Pires, embora não tenha sido este o fundamento nodal da denegação da ordem<sup>7</sup>) com a

---

<sup>5</sup> Participaram do julgamento os Desembargadores Luiz Manuel Fonseca Pires (Relator), Paulo Dimas Mascaretti (presidente, sem voto; acompanhou o relator), Mauro Lujji Fukumoto (acompanhou o relator) e Paulo Roberto Ferreira Sampaio (vencido, com voto).

<sup>6</sup> O Recurso Especial somente é recebido com efeito devolutivo (CPC, arts. 497 e 542, parágrafo segundo) e, excepcionalmente, o STJ tem atribuído efeito suspensivo (negativo) a fim de obstar os efeitos do acórdão recorrido, desde que presentes os pressupostos do *fumus boni iuris e periculum in mora*, em que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. O uso de ação cautelar para alcançar a concessão da suspensão, igualmente, é medida excepcional que possui natureza jurídico-processual de um mero incidente e que permite, de forma antecipada, assegurar que o recurso especial a ser interposto seja recebido em ambos os efeitos.

<sup>7</sup> A ordem foi denegada, sobretudo, pelo seguinte argumento: “Portanto, na ponderação entre os argumentos jurídicos da teoria das reservas do possível e a necessidade de assegurar a máxima efetividade do núcleo essencial do direito à saúde, deve prevalecer, neste caso concreto, os argumentos do Poder Público no sentido de que não há razão para fornecer remédio cuja eficiência e segurança científica não são ainda comprovadas – uma vez que, insisto, nada foi apresentado pelo impetrante para infirmar esta conclusão, e de fato, em mandado de segurança, não seria mesmo possível a dilação probatória para tal fim.” (Apelação Cível nº 764.362/1, p. 12).

que ora denominamos, “**Teoria da Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais**” (tese preponderante no voto do revisor, Des. Paulo Roberto Ferreira Sampaio), teses estas, vetores de tensão no estudo do “Controle Judicial das Políticas Públicas de Saúde”.

Nesse passo, o presente trabalho exporá os argumentos de sustentação das duas correntes teóricas, delineando-se, ao final, o caminho que se compreende hermeneuticamente razoável à superação da crise subjetiva de ponderações de prevalência de umas das teses frente o referencial fático estudado, sem, contudo, deixar de alinhar o debate com as concepções contemporâneas sobre o valor da constituição e a atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito: a procedimentalista e a substancialista.

Em outras palavras, quando discutimos a maneira de interpretar a Constituição temos de um lado, os chamados substancialistas que trabalha sob a ótica de “jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais” e, do outro, os procedimentalistas, segundo a qual teríamos a “jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático”.

## **2 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O debate sobre a interferência judicial no processo de formulação e execução das políticas públicas está situado no âmbito do Direito Constitucional, já que implica discutir qual é a extensão da jurisdição dos juízes no país. O *leading case* norte-americano *Marbury versus Madison* (1803), que inaugurou a discussão da supremacia da Constituição a partir da análise de questões políticas, ora serve como paradigma de que toda e qualquer questão pode ser analisada pelo Poder Judiciário<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, no enfrentamento do debate do controle judicial dos atos da administração pública, inevitavelmente, as questões das políticas passam a ser consideradas como “justiciáveis”, ou seja, delas o Poder Judiciário pode fazer derivar direitos decorrentes do processo de interpretação e sopesamento de provisões constitucionais, conferindo-lhes proteção positiva sempre que necessária a tutela dos princípios constitucionais frente à ineficiência do Estado na execução de políticas públicas, sobretudo em países de modernidade tardia como o Brasil.

Disso se extrai a importância que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento dos direitos e que pretende contribuir com a concretização dos direitos fundamentais. Enquanto carta prospectiva, “a Constituição acena para o futuro e é uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente” (STRECK, 2002, p. 75).

Esse viés, denominado no debate do Direito Constitucional Contemporâneo de substancialismo<sup>9</sup>, permite e legitima a judicialização da política em instrumento que impulsiona o julgador a adotar um compromisso com os princípios constitucionais.

Para WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (2002, p. 17), os princípios devem ser entendidos como “indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor”. PAULO BONAVIDES (1993, p. 9-10) justifica com vigor a tese substancialista, admitindo, por motivos pragmáticos, a judicialização da política em países de terceiro mundo. A Constituição substantiva considera que,

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive

---

<sup>9</sup> A teoria substancialista defende, enquanto função da Constituição, a adoção de determinados valores/princípios reputados relevantes para a sociedade e, por conseguinte, a sua retirada do âmbito decisório popular. Na fileira dos substancialistas destacam-se nomes como MAURO Cappelletti, RONALD Dworkin, INGO WOLFGANG Sarlet, PAULO BONAVIDES, EROS ROBERTO GRAU, FÁBIO KONDER Comparato, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, CLÉMERSON CLÉVE, LENIO LUIZ STRECK, dentre outros; em sentido oposto temos o procedimentalismo. De acordo com esta teoria a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. Defensores desta corrente: no Brasil: MARCELO CATTONI, ROGÉRIO GESTA LEAL, GISELE CITTADINO, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, dentre outros; Europa, tem-se JÜRGEN HABERMAS. Nos Estados Unidos da América, JOHN HART ELY. O desdobramento da discussão entre procedimentalismo e substancialismo é enorme. Sobre o tema: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre, Fabris, 1988. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. VILHENA, Oscar. A constituição e sua reserva de justiça, 2001, p. 93 e seg. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2005. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 8ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006. BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. Belo Horizonte, livraria Del Rey, 1993.

contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*. (STRECK, 2000, p. 40)

Segundo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (2002, p. 89), no Estado Democrático de Direito, o papel do Judiciário não é o mesmo que possuía, de acordo com a formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais.

Quando chamado a se pronunciar sobre concretização de normas programáticas e direitos sociais, recorria à separação dos poderes para entregar ao Poder Executivo a missão de conduzir as políticas públicas nessas áreas. O que se espera do judiciário, hoje, não é uma posição subalterna perante os outros poderes, sobretudo àqueles que cabem a produção normativa.

Nesse sentido, sustentando a tese substancialista, MAURO CAPPELLETTI (1993, p. 99) argumenta que os Tribunais podem, através da interpretação criativa, dar importante contribuição à “representatividade geral do sistema”.

Destaca-se que as políticas públicas estão invariavelmente ligadas à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que políticas públicas refletem a realização de programas (normas constitucionais programáticas<sup>10</sup>), contemplando dispositivos de largo espectro e de notável densidade eficaz, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que política pública é um conjunto organizado de normas e atos da administração pública tendentes à realização de um objetivo determinado; são programas prescritos pela ordem constitucional e legislação

---

<sup>10</sup> Ao contrário da posição substancialista que defendia, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO apresenta hoje um posicionamento diferenciado do que adotava, dando a entender que se esgotou o constitucionalismo dirigente (ou *textos constitucionais dotados de programaticidade*). Para o jurista, o pensamento liberal e vários olhares políticos, doutrinários e teóricos, proclamam a falência dos “códigos dirigentes”, pois o mundo é caracterizado pela conjuntura, riscos e particularismos. Assim, a Constituição programática, é o “rosto normativo da utopia”. Essas Constituições “conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Assim, a idéia de diretividade constitucional tem sentido se inserida no chamado “*constitucionalismo moralmente reflexivo*”. Sobre assunto: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

ordinária como qualificadoras do interesse público, tendentes ao atendimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Dentre estes objetivos de relevância pública estão ações e serviços concernentes a saúde (art. 197 da Constituição Federal).

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. [...] São 'programas' traçados – de modo cogente, imperativo – pela Constituição e por leis ordinárias, e de execução a priori atribuída ao órgão competente à sua realização material, o Poder Executivo, que deve realizá-los por si ou transferi-los para a execução - mas mantê-los em fiscalização – por terceiros. (BUCCI, 2006, p. 141)

E é nessa dimensão que a temática do controle jurídico das políticas públicas, em linhas gerais, comporta reflexão tanto na perspectiva de sua legitimidade quando de sua ilegitimidade.

Da mesma forma que para os neoconstitucionalistas<sup>11</sup>, a efetivação das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, encontra-se em dimensão axiológica que sobrepõe qualquer argumento de oponibilidade do núcleo essencial, como o direito à saúde, é com facilidade que surgem argumentos contrários à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, de nítido viés procedimentalista.

Sustentando a tese procedimentalista, JÜRGEN HABERMAS (2003, p. 297-298) critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de “gigantismo do Poder Judiciário”, surgido no pós-guerra.

Tais fatores coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e lei isolados, socialmente perdidos. Como contraponto, propõe

---

<sup>11</sup> A doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como, por exemplo, Itália, Alemanha e Espanha. Segundo SANTIAGO SASTRE ARIZA (2003, p. 239-240), este novo modelo se revela em algumas Constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial, cujas funções se contrapõem ao papel que desempenhavam as Constituições dentro do paradigma do constitucionalismo moderno, visto que representam uma proposta de recompor a grande fratura existente entre a democracia e o constitucionalismo. Em resumo, neoconstitucionalismo alude-se ao processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo de recomendações ou orientações para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata. Ademais, afirma-se que as Constituições incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controversos (dignidade, justiça, liberdade e autonomia).

um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma 'ação de cultura' mas, sim em uma “nação de cidadãos”.

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. Em outras palavras, quaisquer valores alcançados ao final de tal procedimento estariam necessariamente justificados/legitimados, desde que observados os passos previamente previstos. Trata-se de conceber a Constituição como uma espécie de instrumento asséptico em relação aos valores vigentes. [...] Duas são as premissas principais deste movimento: (i) neutralidade e; (ii) democracia. (TAVARES, 2007, p. 338-339)

JÜRGEN HABERMAS (2003, p. 329), portanto, discorda de uma jurisdição constitucional paternalista: “uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a parti de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos”.

Para ele o tribunal constitucional “não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”, E acrescenta: “sob olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – de cidadania que transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ – o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor” (HABERMAS, 2003, p. 347).

Em contraponto, LENIO LUIZ STRECK (2009, p. 48), certamente o mais enfrenta a tese procedimentalista no Brasil, se posiciona no seguinte sentido:

[...] na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Importa ressaltar, entretanto, que, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) é perceptível.

O debate, pois, centra-se na análise dos parâmetros que serão utilizados pelo magistrado a par do conflito das duas teses centrais: a “Teoria da Reserva do Possível” e a “Teoria da Máxima Efetividade pelo Estado do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais”, sob olhar, nesse exercício, a partir de dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo.

Nesse passo, o trabalho epistemológico do julgador frente o referencial fático (o não fornecimento de medicamentos pelo Estado), prescinde da pré-compreensão das seguintes premissas:

- A constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais, dentre eles a saúde (art. 6º e 196 da Constituição Federal);
- As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente;
- As políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público;
- A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar;
- É notório o mau uso dos recursos públicos pelo Estado;
- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional;
- A razoabilidade da pretensão do jurisdicionado.

De tais premissas, em suma, é que surgem os argumentos contrários à legitimação de o poder judiciário exercer controle de políticas públicas, de cariz procedural e os argumentos favoráveis à possibilidade de judiciário dar vida à Constituição e, conseqüentemente, promover intervenção substancialista de efetivação dos direitos sociais.

Embora exista argumentos de cunho mais teórico, que envolvem questões de Teoria Geral do Estado<sup>12</sup>, nossa pesquisa visa debater somente o cerne

---

<sup>12</sup> Há argumentos de cunho jurídico que residem na idéia da teoria da separação dos poderes, no sentido da ilegitimidade de ser possível admitir que o Judiciário determine ações do Executivo. Na realidade a intervenção de um poder em outro, em determinadas situações, é fator positivo para que se sustente a proteção dos direitos e garantias fundamentais. O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 declara que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são “independentes e harmônicos entre si”. Sob este aspecto, OSWALDO CANELA JUNIOR,

da problemática: o conflito das duas teses acima apontadas, conforme veremos na seqüência.

## 2.1 Teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais

A teoria do “núcleo essencial” dos direitos fundamentais foi desenvolvida a partir dos estudos de RUDOLF SMEND, em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales* (1970), que proporcionou a base de uma interpretação mais profunda dos direitos fundamentais a partir da sua teoria da integração.

A teoria do “núcleo essencial” preconiza que há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal negativa, muito pelo contrário: exige prestações estatais positivas. Nesse sentido, RICARDO LOBO TORRES (2001, p. 266 e 267) leciona:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Logo, se assim é, nem mesmo a atividade legislativa pode romper a barreira do núcleo essencial, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade. Nesse viés é que a garantia do conteúdo essencial surgiu,

---

entende que: “Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF).” (in “A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição”, Tese, p. 17-19, citado por GRINOVER, Ada Pellegrini. Judiciário pode intervir no controle do Executivo. Conjur. Acesso em: 10 de maio de 2009). Assim, por mais contraditório que possa parecer, essa harmonia também depende da possibilidade de interferência entre os poderes, pois, doutra sorte, cada poder agiria de forma unilateral, sem prestar contas de seus atos e sem temer eventual reprovação ou reformulação de seus atos. A teoria dos freios e contrapesos “obriga” um entendimento cada vez maior entre os poderes do Estado, fazendo com que estes se fiscalizem mutuamente, em vistas à tutela dos direitos fundamentais. Outro aspecto jurídico geral apontado como limitação ao controle judicial é a crise de legitimidade democrática do poder judiciário, de cunho procedimentalista. Explica-se: enquanto os Poderes Executivo e Legislativo são compostos por representantes do povo, pessoas eleitas pela sociedade, o Judiciário não compartilha da mesma característica em sua formação.

amparado basicamente na idéia de limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário em matéria de direitos fundamentais.

Com efeito, por núcleo essencial há de se compreender ser também aquela parcela mínima do direito em questão que não pode ser suprimida por meio de uma lei; é um sinônimo de “núcleo duro”, ou seja, há no direito uma parcela indisponível, igualmente, para o legislador. Nessa perspectiva, fazendo uso das palavras de CLAUS-WILHELM CANARIS (2003, p. 236), os direitos fundamentais regulariam os atos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais.

Nesse contexto, a constitucionalização dos direitos fundamentais traz a dimensão substancial da democracia, pois, na Constituição encontram-se mais do que normas de organização dos poderes (“quem” e “como” decidir no cenário político), mas normas substantivas (direitos e garantias fundamentais), a acenar para o que se pode e o que não se pode decidir nem mesmo por maioria, e o que se deve e não se deve decidir ainda que contra a vontade desta mesma maioria.

PETER HÄBERLE (1994, p. 45-60) define os direitos fundamentais como um sistema de valores que não pode ser concebido de forma abstrata, exterior ou superior à própria Constituição ou ao ordenamento jurídico, mas como valores que estão concretizados e positivados constitucionalmente. Dessa maneira, identifica os direitos fundamentais como um sistema institucional unitário e objetivo, cujo significado deve ser determinado em relação à totalidade da Constituição.

Integrantes deste corpo único, e que fariam parte do núcleo essencial, estariam, segundo RICARDO LOBO TORRES (1995, p. 133), “Os direitos à alimentação, saúde e educação, (que,) embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”.

Verifica-se, pois, que integrante desta unidade fundamental estaria o direito à saúde, tratado pela Constituição Federal nos artigos 6º e 196. Quer-se dizer: embora o direito à saúde não esteja consagrado entre os direitos fundamentais ele é associado de maneira implícita, fruto desta concepção integradora originária dos estudos de RUDOLF SMEND, pois afinal, a concretização dos direitos fundamentais está inevitavelmente ligada ao cumprimento dos programas sociais e de saúde.

[...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil. (SARLET, 2006, p. 560).

Segundo ANDREAS JOACHIM KRELL (2002, p. 19), os direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”. JOSÉ AFONSO DA SILVA (1995, p. 276), afirma que estes,

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Nesse sentido, INGO WOLFGANG SARLET (2001, p. 51) destaca que esses direitos fundamentais sociais, que já haviam se estabelecido nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849,

caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.

Assim, pode-se concluir que o direito a saúde, indissociável que é do direito à vida, indiscutivelmente, representa categoria de direitos fundamentais. Ocorre que embora a Constituição Federal assegure ao indivíduo que a saúde é dever do Estado, teorias surgem no sentido de limitar este direito fundamental.

No caso ora sob estudo teórico, argumentos surgem no sentido de aplicação da teoria da reserva do possível (limitação orçamentária do Estado), com vistas a configurar limite fático à concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos direitos sociais que reclamam prestações positivas do Estado.

Deste modo, a efetivação das políticas públicas encontra limites na “reserva do possível”, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias.

Nesse sentido, impõe-se a análise da não-aplicação das verbas orçamentárias destinadas à concretização dos direitos sociais, com a finalidade de investigar se a “reserva do possível” permite ser, no caso do direito constitucional brasileiro, um argumento que se apresenta como obstáculo a essa concretização.

Em suma, mesmo diante da baixa carga de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil, urge discutirmos frente o caso em concreto se, em se tratando de núcleo essencial, a indisponibilidade financeira do Estado, pode (ou não) ser usada para justificar a não concretização ou, se é possível aferir qual o mínimo em conteúdo que pode ser exigido do Estado no tocante à realização do direito social à saúde, já que são direitos que reclamam “mandamentos de otimização”<sup>13</sup>, no correto conceito formulado por ROBERT ALEXY.

---

<sup>13</sup> “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90)

## **2.2 A teoria da reserva do possível como limite à intervenção judicial nas políticas públicas de assistência à saúde**

A reserva do possível<sup>14</sup>, também chamada de “cláusula da reserva do possível”, refere-se àquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade, ou seja, diz respeito à razoabilidade da pretensão pleiteada. Embora a teoria da reserva do possível não se refira direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, no Brasil ela se tornou uma teoria da reserva do financeiramente possível, ou reserva dos cofres públicos, ao alegar a insuficiência de recursos públicos e a falta de previsão orçamentária da respectiva despesa como limite absoluto à intervenção judicial nas políticas públicas.

A reserva do possível refuta a interferência judicial porque, na prática, se traduz na capacidade financeira do Estado de implementar determinada política pública. Se o Estado não fornece determinado medicamento é porque a insuficiência de recursos não comporta a distribuição gratuita do medicamento, por exemplo.

A cláusula de reserva entende que não seria o caso de o Judiciário obrigar o Poder Público a se auto-onerar de forma desmedida para dispor daquilo que não possui (será?). A escassez de recursos constitui-se, portanto, limite fático à prestação de direitos que necessariamente exigem, para sua efetivação, disponibilidade de verbas por parte do Estado. ANA PAULA DE BARCELLOS (2002, p. 236), sintetiza a reserva do possível numa visão fática ao ponderar que,

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última

---

<sup>14</sup> A teoria da reserva do possível como limite à intervenção judicial surgiu na Alemanha por volta de 1960, em razão de demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina das cidades de Hamburgo e Munique em razão de política pública implementada que visava a limitação do número de vagas em cursos superiores. A Corte Constitucional Federal Alemã resolveu a questão dando o seguinte veredicto: entendeu que o direito a uma prestação positiva (no caso o aumento do número de vagas em cursos superiores, pois a Lei Federal Alemã assegurava o direito de escolha da profissão) encontra-se sujeito a uma reserva do possível, ou seja, daquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade.

análise da sociedade, já que esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esse direito.

A doutrina se divide diante dessa concepção fática da reserva do possível. Sob a ótica de parte dela (**proteção plena**), todos os direitos classificados pela Constituição como fundamentais são passíveis de tutela jurídica imediata (como são direitos garantidos pela lei máxima de um país, devem ser sempre observados e garantidos por possuírem aplicação imediata<sup>15</sup>).

Sob uma segunda visão (**obstáculo absoluto**), tem-se que apenas os direitos negativos são passíveis dessa tutela, pois os direitos positivos, por demandarem recursos, estariam sujeitos à reversa do possível (recursos financeiros).

Uma terceira posição (**obstáculo relativizado – mínimo em conteúdo**), defende a idéia do chamado “mínimo existencial”, segundo o qual, existiriam direitos positivos ligados ao núcleo essencial que seria sempre e imediatamente tutelável, ficando os demais sob a órbita da reserva do possível.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (1991, p. 131) vê a limitação de recursos públicos como um verdadeiro limite fático a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Ele vê a efetivação desses direitos, da mesma forma, dentro de uma “reserva do possível”, onde condiciona essa efetividade à existência de recursos econômicos. Dessa controversa, muito se tem debatido que um dos limites jurídicos que se pretende impor ao controle judicial e que tem relação com o aspecto fático material apresentado, é o argumento de que os gastos públicos dependem de prévia disposição orçamentária.

De fato, a Constituição Federal (art. 165 e seguintes) ordena que o orçamento público deve ser previsto em leis – plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais. Assim, inquestionavelmente, impõe-se certo limite à atuação judicial, uma vez que se alega que o Judiciário não pode obrigar a Administração Pública a agir em desconformidade com a determinação

---

<sup>15</sup> Nesse propósito, imprescindível a compreensão de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, na perspectiva do que leciona INGO WOLFGANG SARLET (2001, p. 148), no sentido de que os direitos fundamentais, “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”. Ver sobre o tema “Sobre a tese da irradiação” em ALEXY, 2008, p. 524-542.

constitucional, pois, não havendo previsão orçamentária para executar a assistência à saúde, não haverá, por conseguinte, capacidade jurídica de dispor do recurso.

Insistindo o Judiciário, então, em coagir o Poder Público a patrocinar determinado tratamento não previsto no orçamento para a saúde, poderia até mesmo suprimir a compra de outros medicamentos que propiciariam o atendimento de um maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos<sup>16</sup>.

Porém, entendemos que esta vedação a que se lança a cláusula da reserva do possível não é uma vedação plena.

Caminhamos, pois, na lição de ANDREAS JOACHIM KRELL (2002, p. 53) que elaborou uma resposta para o argumento da “reserva do possível”, tendo como base a Constituição Federal de 1988.

[...] tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a ‘ponderações’ perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”

Prevalecerá aqui a ponderação de princípios que deverá levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e de que os recursos são escassos, em embate com o pressuposto do direito fundamental à saúde, enquanto direito pertencente ao “núcleo essencial”.

De toda ordem, a teoria da reserva do possível é limite à intervenção judicial nas políticas públicas de assistência à saúde, porém há de sopesarmos que

---

<sup>16</sup> Do conflito teórico da prestação pelo poder judiciário de tutela-dos-direitos-negativos *versus* tutela-dos-direitos-positivos, EDUARDO APPIO (2005, p. 173), tem interessante (e quarta) visão: [...] o juiz não poderá atender a uma necessidade individual (como a determinação da compra de um medicamento especial não previsto em qualquer programa social, por exemplo), com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado. Caso assegure o exercício de um direito fundamental individual, através de uma prestação social positiva ainda não implementada e que vise atender a toda população, estará afrontando o princípio da isonomia. [...] A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fatos de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à administração pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual. Divergindo deste posicionamento, JOSÉ AFONSO DA SILVA (1995, p. 289) compreende que as prestações positivas atendem o propósito material do princípio da igualdade: “os direitos sociais são prestações positivas estatais que estão enunciadas em normas constitucionais e possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, são direitos que tendem a realizar a igualização de realidades sociais desiguais, portanto norteados pelo princípio da igualdade”.

há direitos positivos ligados à dignidade humana que implicam leitura relativizada da cláusula financeira.

### **3 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: PONDERAÇÃO HERMENÉUTICA REVELADORA DE UM SUBSTANCIALISMO MITIGADO (OU IMPERFEITO)**

A partir do referencial fático sob estudo, entendemos que o Judiciário deve determinar o fornecimento do “mínimo existencial” independentemente de qualquer fundamento, não só em razão das forças das normas constitucionais sob o valor axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>, como também no fito de zelar por exegese vedativa de retrocesso do dever estatal de cumprimento ao núcleo essencial.

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa *apud* STRECK, 2009, p. 53).

O “mínimo existencial”, é um conjunto de direitos básicos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, formado pela **seleção** dos direitos sociais, econômicos e culturais, e, por terem efetividade imediata, deveriam ser

---

<sup>17</sup> A dignidade humana, atualmente definida como um princípio informador do Direito, desempenha um papel de extrema importância na vida econômica e social dos indivíduos. Sabendo que a finalidade do Direito e do Estado é de servir e resguardar o Homem, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna um meio de alcançar o bem-estar social e proteger o indivíduo da ação nociva de seus semelhantes, de si mesmo e do próprio Estado. A dignidade da pessoa humana constitui elemento basilar de qualquer instrumento jurídico democrático, fundindo-se com os próprios conceitos de liberdade e igualdade que embasaram o surgimento dos direitos fundamentais. Sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade. Por outro lado, também não existem liberdade e igualdade efetivas quando não se observa o mínimo necessário para a garantia da dignidade humana. NELSON ROSENVALD (2005, p. 08) entende que a dignidade da pessoa humana “é simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito”.

sempre garantidos pelo poder público, independentemente de recursos orçamentários (obstáculo financeiro relativizado).

Nesse sentir, perfilhamos a terceira posição acima apresentada, que defende a idéia do chamado “mínimo existencial”, segundo o qual, existiria um núcleo de direitos positivos ligados ao núcleo essencial que seria sempre e imediatamente tutelável, ficando os demais, sob a órbita da reserva do possível.

Esse, inclusive, foi o posicionamento firmado no Supremo Tribunal Federal, na decisão prolatada pelo Min. Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Importante salientar, que mesmo que se aceite a teoria do “mínimo existencial”, deve-se tentar ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito, de modo a não reduzir o conceito de “mínimo existencial” à noção de “mínimo vital”. Afinal, se o “mínimo existencial” fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida. Hoje se deve buscar a idéia da máxima efetividade, ou seja, devemos lutar não pelo padrão mínimo de existência, e sim o padrão máximo possível dentro do que o Estado possa cumprir.

É certo, porém, que a discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Porém, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena

de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, em juízo de ponderação trilhamos caminho que leva em conta a não redução do conceito de “mínimo existencial” à noção de “mínimo vital”, nem mesmo estabelecemos a tese intervencionista absoluta do poder judiciário a qualquer custo.

Somos partidários da tese de que a reserva do possível pode contribuir para uma maior racionalidade das decisões judiciais, tendo em conta que exige do intérprete a observância das circunstâncias e dos efeitos da decisão, evitando sentenças de impossível execução.

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial. (CLÈVE, 2003, p. 23)

Firmamos esta compreensão, a partir do ideal protagonizado por ROBERT ALEXY (2008, p. 513) que afirma que “Direitos individuais podem ter mais pesos que as razões de política financeira” e complementa que podem ser encontrados argumentos de ambos os lados, devendo a questão ser resolvida com base na **ponderação**.

**Com efeito, o intervencionismo substancialista não há de ser intransigente; em nosso sentir, também encontra limites.** Embora o ideal constitucional seja a concretização plena do núcleo essencial, verificamos que, a partir da teoria da reserva do possível, surge o “mínimo existencial”. Devido a essa estreita dependência entre a efetividade dos direitos sociais – que impliquem prestações onerosas ao Estado – e as circunstâncias econômicas e orçamentárias do Poder Público, é que se passou a caracterizar o mínimo existencial exigível.

Com efeito, entendemos por “mínimo existencial”, não a concretização plena e incontestável do núcleo essencial (realização ideal e utópica do art. 196 da Constituição Federal em países como o Brasil), mas a observância da não anulação

do direito fundamental de reabilitação do enfermo, condenado a morte em virtude de argumentos como a “escassez” de recursos.

Essa identidade entre núcleo essencial e mínimo existencial pode ser observada no entendimento manifestado por ANA PAULA DE BARCELLOS (2002, p. 23), do qual endossamos, segundo o qual o mínimo existencial corresponde a um “subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – minimizando o problema dos custos – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado”

Seguindo esta ótica, o mínimo existencial assume o caráter de uma autêntica regra jurídica, que não está sujeita a relativização, pois o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 246).

ROBERT ALEXY (2008, p. 511-519) afirma ser necessário a existência de um **padrão mínimo** de existência digna a ser garantido por meio dos direitos sociais fundamentais, e ainda, que quando houver conflito entre o princípio da reserva do possível e o princípio democrático, deve sempre prevalecer o reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis a uma vida digna (ALEXY, 2008, p. 511-519).

A garantia do “mínimo existencial” acaba por constituir o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação, pois, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade.

Assim, os fatores que aportam exigibilidade dos direitos sociais estaria na ponderação da “reserva do possível” frente o “mínimo existencial”, expurgando, assim uma compreensão procedimental da Constituição, para compreendê-la como um documento valorativo (substancialista). Nesse exercício proposto por ROBERT ALEXY, compreendemos a concretização do “mínimo existencial” ao que nomenclaturamos de “substancialismo mitigado” ou “substancialismo imperfeito”.

Parece sensato concluir que problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos

direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas.

Nesse ponto, verificamos que a situação fática colocada como referência de análise teórica encontra-se acobertada pela (ainda que imperfeita) **preponderância substancialista** da teoria do núcleo essencial sobre o argumento financeiro da reserva do possível, a qual, em última análise, também não se sustenta por razões notórias de mau uso das receitas públicas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode impor “desmedida oneração estatal” sem observância da reserva do possível, dada a crônica falta de verbas de que sofre o Estado, ocorre que nem tampouco pode o Estado deixar desassistido o paciente que não tem condição de arcar com as despesas que lhe garantam a restauração ou preservação da saúde como mínimo essencial de respeito ao direito à vida.

Nesse passo, a reserva do possível surge como uma proposta de resolução prática desta questão, defendendo a idéia de que os direitos fundamentais só poderão ser exigidos do Estado diante da possibilidade financeira, ou seja, sujeitos à verba orçamentária disponível. Se entendermos pela ótica política, os direitos sociais estariam, logo, "reféns" de opções de política econômica do aparato estatal, eis que a “reserva do possível” traduz-se em uma chancela orçamentária.

Porém, indissociável a esta interpretação estaria um núcleo mínimo de direitos que seriam necessários para a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, e que, não estariam condicionados à verba orçamentária, devendo ser garantido em qualquer hipótese.

Entendemos que tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os poderes do Estado, surgindo o judiciário como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais (STRECK, 2009, p. 38).

Nesse contexto, surge o Poder Judiciário como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da garantia de aplicação deles, em nítida compreensão política substancialista da Constituição, surgindo a partir daí, o questionamento da possibilidade do Poder Judiciário, através das decisões no caso concreto, interferir nos demais poderes (concepção política procedimentalista), argumento este que se entende afastável quando entra em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.

Importa dizer, por motivos pragmáticos, que a tese substancialista admite a judicialização da política – fenômeno concretizador de direitos fundamentais-sociais pela via judicial – em países de “baixa constitucionalidade”.

Tal limitação, pois, não pode inviabilizar a garantia das necessidades básicas para a sobrevivência do indivíduo, dentro do conceito de “mínimo existencial”, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana, pilar de toda a sistemática dos direitos humanos e fundamentais, o que ponderamos como sendo a relativização duma concepção ideal de substancialismo (substancialismo mitigado/imperfeito).

Sabe-se da incapacidade econômico-financeira estatal para a implementação satisfatória de tais políticas, pois, qualquer indivíduo é capaz de perceber que a saúde pública do Brasil é precária e desoladora. Porém, nos casos em que se põe em risco a integridade da pessoa humana, normas burocráticas não podem ser erguidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte do cidadão, a exemplo do caso real apresentado.

Em situações como a apresentada, há a necessidade imperiosa de se preservar, por “razões de caráter ético-jurídico”, o direito à vida. Este direito se sobrepõe a qualquer política orçamentária que, a bem da verdade, não poucas vezes é feita adotando critérios que priorizam a mera liberalidade do administrador.

Com relação à lesão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, é de se concluir, primeiramente, que o conteúdo mínimo não se depreende no âmbito teórico, devendo ser analisadas as particularidades presentes em cada caso concreto. Contudo, isso não afasta a possibilidade de aniquilação do próprio direito em razão de nenhuma concretização.

Por conseguinte, a teoria da reserva do possível, entendida como limite fático à concretização dos direitos fundamentais não pode ser aplicada para justificar nenhuma concretização, pois o não-cumprimento da parcela mínima de cada direito fundamental social configuraria uma lesão ao núcleo essencial; mesmo em caso de prestação positiva somada ao limites decorrente da teoria da reserva do possível, é imperativa pelo princípio axiológico da dignidade da pessoa humana, a garantia substancialista duma constituição-que-constitui um mínimo existencial pelo poder judiciário.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm; Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabri, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista Crítica Jurídica nº 22, Jul./Dez. 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. São Paulo: RT, 2005. Temas Fundamentais de Direito. v. 1. BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.); CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. Recientes aportes sobre los derechos fundamentales em Alemania. Revista Pensamiento Constitucional. Lima, ano 1, vol. 1, 1994.

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

STRECK, Lenio Luiz. Hermenutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenutica da construção do direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo?. Revista brasileira de direito constitucional n. 09 – jan./jun. 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na Era dos direitos. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (orgs.). Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

\_\_\_\_\_. Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.