

**EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE
EM DEBATE: PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO
DO RETROCESSO SOCIAL, TEORIA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL E ARGUMENTO DA
RESERVA DO POSSÍVEL**

**THE DEBATE ABOUT THE EFFECTIVE
ON HEALTH'S RIGHT: THE PRINCIPLE
OF PROHIBITION BACKSPACE SOCIAL,
THEORY OF EXISTENTIAL MINIMUM AND
THE ARGUMENT OF POSSIBLE'S RESERVE**

Vanessa Batista Oliveira Lima

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza - UNIFOR

Especialista em processo civil pela Faculdade Farias Brito
Advogada

E-mail: vanessa.oliveira.lima@gmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 DIREITOS SOCIAIS; 3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE; 4 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL; 5 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 SOCIAL RIGHTS; 3 FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH; 4 PROHIBITION SOCIAL RETROCESSION; 5 RESERVE OF THE POSSIBLE AND MINIMUM EXISTENCIAL; 6 CONCLUSION; 7 REFERENCES.

Resumo: Tendo a Constituição Federal de 1988 reconhecido o direito à saúde

como direito fundamental, é necessário referir, em primeiro lugar, que as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do próprio texto constitucional. A saúde constitui um direito de todos e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. A saúde é direito social fundamental, e como tal deve ser exercido pelo Estado através da implementação de políticas públicas e sociais que o efetive. A Constituição Federal e o ordenamento infraconstitucional da Lei 8.080/90, reconhecem o dever do Estado para com o direito à saúde, já que, o cidadão, por intermédio do direito público subjetivo, está legitimado para o exercício das prerrogativas estabelecidas

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde.

Abstract: Since the Federal Constitution of 1988 recognized the right to health as a fundamental right, it should be noted, first, that the rules must ensure the immediate application in the form of Paragraph 1 of art. 5 of the constitutional text itself. Health is a right of every citizen and a duty of the state and will be fully integrated public policies to government. Health is fundamental social right, and as such must be exercised by the state through the implementation of public policies and the social effect. The Federal Constitution and planning infraconstitucional of Law 8.080/90, recognize the duty of the state for the right to health, since the public through the subjective public right, it is legitimate to exercise the rights set out in legislation related, both at the administrative level and in court.

Keywords: Social right. Right to health.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como fito discutir o papel dos direitos fundamentais frente à contemporânea teoria da constituição. Para tanto, adota o entendimento de que os direitos sociais, como o direito à saúde, estão intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida. Partindo desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição. No segundo tópico explorar-se-á a fundamentalidade do direito à saúde. Tal direito, possui caráter prestacional, para ser efetivado necessita de políticas públicas, estando sujeito à reserva do possível mas em respeito ao direito à vida, o mínimo existencial há de ser observado.

Sabe-se que no modelo de Estado Democrático de Direito, como o do Brasil, no qual a tripartição de poderes é princípio vigente, o responsável por definir estratégias e alocar recursos para efetivar

prestações a abranger o direito fundamental à saúde é o Poder Executivo ou o Legislativo através de legislação infraconstitucional que fixe parâmetros para implementação de políticas públicas aptas a tal.

A pesquisa realizada para a elaboração do trabalho tem como objetivo principal estabelecer a dialética entre argumentos pró e contra à efetivação do Direito à saúde, estabelecendo como focos da discussão a reserva do possível e o mínimo existencial. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental. No que tange à tipologia da pesquisa é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois não tem como objetivo mudanças na realidade, almeja-se apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Segundo a abordagem é uma pesquisa qualitativa, pois seu critério não é numérico, visando apenas aprofundar e abranger os conceitos e teorias. No primeiro tópico Os direitos sociais, faz-se uma breve exposição sobre o respectivo conceito, com enfoque sobre os meios extrajudiciais de conflitos. Em seguida é feito um breve relato sobre o direito fundamental à saúde, enfatizando o pensamento da doutrina atual. No terceiro tópico discorre-se sobre o princípio da proibição do retrocesso social. Após será feita uma discussão sobre a interface entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

2 OS DIREITOS SOCIAIS

O que caracteriza os direitos fundamentais, como uma nova categoria jurídica, é, precisamente, a força jurídica reconhecida a tais valores. Em outras palavras, é o regime jurídico a que se acham submetidos os direitos fundamentais o *novum* que os identifica como uma categoria jurídica específica¹. Assim se caracterizam a aplicabilidade imediata das normas jusfundamentais (CF, art. 5o, § 1o), com a qual se relaciona a vinculação dos poderes públicos, bem como a inclusão dos direitos fundamentais no rol das "cláusulas pétreas" (CF, art. 60, § 4o, inc. IV). Ora, se o texto constitucional

¹ Sobre a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, direitos naturais, direitos da personalidade e outras categorias, cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. IV, pp. 282 e ss.

(art. 5º, par. 2º) faz uma abertura aos direitos fundamentais de tal forma que ficou expressamente previsto que é possível encontrar direitos fundamentais mesmo fora do vasto elenco do artigo 5º da Carta Magna concluem SCHWARTZ E BORTOLOTTI(2008) que tal abertura pretende não apenas declarar os direitos fundamentais mas, sobretudo, concretizá-los.

O Estado Social começa a ser delineado após a Constituição alemã de Weimar (1919). Como principal consequência do surgimento desta nova forma de Estado tem-se uma ampliação no conjunto dos direitos fundamentais, com alteração nas bases de interpretação dos direitos anteriores. Na lição de Carvalho Netto (1999, p.480):

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direito de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.

Sobre o assunto dispõe a professora POMPEU (2005, p. 16) que o “debate sobre a realização dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, como os direitos prestacionais exigíveis judicialmente, deverá se operar individualmente via interpretação sistemática da Constituição”.

PECES-BARBA (1995) define o conjunto de Direitos Humanos como “Direitos Fundamentais” por entender ser a forma lingüística mais precisa e procedente, justamente por ser mais precisa do que a expressão direitos humanos e por poder abranger as dimensões destes direitos, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalistas ou positivistas.

A professora LOPES (2001, p. 35) defende que as expressões

direitos humanos e direitos fundamentais não são sinônimas, pois se referem a instituições diferentes:

Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente.

Segundo NEUNER (2006, p.343) a dignidade humana constitui o fundamento para a legitimação dos direitos humanos sociais. Complementando-a e concretizando-a apresentam-se diversos caminhos de fundamentação. Segundo a doutrina dominante, a dignidade da pessoa humana, enquanto direito positivo, funciona como centro e fundamento do ordenamento jurídico, matriz de todos os direitos fundamentais.²

Sobre os direitos sociais MOREIRA (1987, p. 129) assim dispõe:

Ao lado dos direitos de liberdade, algumas constituições incluem também normas atribuindo aos particulares certos direitos a prestações, direito não a uma omissão do Estado, mas antes a uma actividade ou prestação do Estado. São os chamados direitos sociais. Surgindo ao lado dos tradicionais direitos de liberdade das declarações revolucionárias liberais e de estrutura lógica e jurídica (e até espiritual e filosófica) diferente daqueles, os direitos sociais que ganharam dignidade constitucional depois da primeira guerra são a expressão de transformações econômicas e sociais [...]

Sobre a expressa disposição de direitos sociais na Constituição de 1988 lembra a professora PIOVESAN (1997, p. 61) que “Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais [...]” Para os professores

² Sobre os direitos fundamentais como concretizações da idéia de dignidade da pessoa humana, cf. Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais, passim, esp. Cap. 4; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 516; Edilson Pereira Nobre, Colisão de Direitos Fundamentais – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, pp. 54 e ss;

ABRAMOVICH e COURTIS (2004, p. 22):

La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artísticos de la comunidad.

Conforme aponta CLÈVE (2006, p.94) os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e “com a plena efetividade dos comandos constitucionais.”

3 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A partir da Constituição Federal de 1.988 a saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas do governo. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado à políticas públicas sociais e econômicas. O art. 196 da Constituição traz elementos indispensáveis à compreensão da norma, pois, além de definir os titulares do direito e o destinatário principal do dever, traz um meio de atuação genérico e uma finalidade específica a ser alcançada. A saúde é direito de todos e dever do Estado, o que costuma ser amplamente frisado quando se trata do tema. Deve ser ressaltado que a saúde deve ser garantida mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não pode-se negar que o direito à saúde está intimamente relacionado à proteção igualmente constitucional da dignidade da pessoa humana, que consta expressamente como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF) e conforme lição de SARLET (2005, p. 443), representa o “fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser”. LUÑO (2005, p.324) aduz que “La dignidad humana supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que

tiendem a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona[...].” Valioso ensinamento é o de PIOVESAN (1998, p.34), para quem:

o valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como direito fundamental social, veja-se a respeito o que diz SANTOS (2006, p. 37):

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde - que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas - impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Para SARLET (2005) há como sustentar a aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da CF, de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo. O direito à saúde inclui-se no rol dos direitos sociais conquistados na nova ordem constitucional, onde “conseguiram os constituintes prever a implantação de um sistema de proteção, com atendimento dos direitos básicos, sem os quais não se concebe vida humana digna” (MESTRINER, 1992, p. 110).

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Como exposto, os direitos sociais já conquistados formam o patrimônio jurídico e social da humanidade, representam o pano de fundo da dignidade da pessoa humana. A ordem jurídica não pode retroceder em termos de direitos fundamentais. Veja-se lição de J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 320-321), a respeito do princípio do não-retrocesso social:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reacionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as crises económicas (reversibilidade fática); mas o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p.245), ao tratar do princípio da proibição de retrocesso social:

[...] o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projecção da dignidade da pessoa.

O princípio ora debatido, implícito no sistema jurídico-constitucional, é aplicável ao regime dos direitos fundamentais e reconhecido por boa parte da doutrina, Luís Roberto Barroso (2001, p. 158), assim define o referido princípio:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação.

O princípio da proibição de retrocesso social é comando dirigido ao legislador, que limita à sua atuação os direitos adquiridos garantidores do mínimo necessário à existência com dignidade. Segundo BOLZAN DE MORAIS e STRECK (2004) o Estado social de direito revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Para Lênio Luís Streck (1999, p. 31) este princípio "tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional."

5 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Ante a alegada escassez de recursos materiais e da real necessidade de equidade no acesso aos mesmos, será feita uma breve análise da discussão doutrinária que se trava sobre o problema da efetivação do direito social fundamental à saúde. A falta de recursos económicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema económico do país. Essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social.

No aspecto da hermenêutica, a dificuldade é que os denominados direitos sociais transitam pelas duas categorias de normas: os princípios e as regras. BARCELLOS (2002) propõe então a noção de mínimo existencial para a solução dos problemas jurídicos, procurando representar um subconjunto no interior 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. Para SIQUEIRA (2008, P161) adotar a versão brasileira de que “a reserva do possível justifica a não efetivação dos direitos sociais de aplicabilidade diferida é dar oportunidade de não se dar necessária eficácia a esses direitos”.

Tratando sobre a dificuldade em efetivar os direitos sociais trata SARMENTO (2003, p.391) sobre a reserva do possível:

[...] Não há como ocultar o fato de que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades para a sua afirmação concreta do que os direitos liberais. Por um lado, existe a resistência ideológica: pela sua vocação para a promoção da justiça distributiva, os direitos sociais acenam para uma transformação do status quo, e por isso mobilizam contra si os interesses de extratos privilegiados da sociedade que não desejam mudanças. Mas há também graves obstáculos operacionais na medida em que os direitos sociais, em razão da sua natureza eminentemente prestacional, carecem de recursos públicos que são escassos. Diante disso, afirma-se que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculos em limites fáticos muitas vezes insuperáveis. Não basta que o voluntarismo de um texto constitucional prometa utopicamente mundos e fundos, pois do papel à realidade concreta medeia uma distância que muitas vezes não há como transpor.

A doutrina divide-se quanto à natureza jurídica da denominada “reserva do possível”, não é objeto deste estudo proceder análise profunda sobre este ponto, mas a título de esclarecimento vale transcrever apontamentos feitos por OLSEN (2006, p.210), leia-se:

Ao longo do quanto já foi exposto, é possível afirmar, em um primeiro momento, que a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se uma certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz

necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade. Neste sentido, faz-se necessário, ainda que brevemente, afastar alguns termos em virtude de sua impropriedade em relação ao tema.

[...] parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social. [...] Diante deste quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.

A questão da ausência de recursos como limite para o reconhecimento pelo Estado do direito às prestações sempre desafiou os operadores do direito. Pode o Direito oferecer uma resposta segura para situações em que os recursos sejam limitados? Pode apontar uma solução para a quem o Estado deva atender ou não atender em um cenário de falta de meios econômicos para a satisfação de todos?

Sabe-se que a imediata aplicabilidade dos direitos prestacionais pode encontrar limites na chamada “reserva do possível”. Já que tais direitos fundamentais, para serem concretizados, implicam necessariamente a alocação, distribuição e mesmo criação de recursos e bens materiais, comportando-se, nesse aspecto, como um direito de defesa. Como dito, a dignidade da pessoa humana além de um princípio fundamental é um dos fundamentos do Estado brasileiro, visa garantir um mínimo existencial aos indivíduos dentro de um critério pautado na razoabilidade.

A cláusula da 'reserva do possível', exceto em casos especialíssimos, não deve 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. Não se pode considerar os direitos fundamentais sociais como meras pretensões sem o respectivo dever por parte dos poderes públicos. Daí a correta ponderação de BARCELLOS (2000, p. 245-246) :

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. (...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Sobre a interface entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, leciona o professor Marcelo Lima Guerra (2008, p. 55)

No Estado Social, a simbiose entre direitos fundamentais e princípio da dignidade ganha destaque e relevância. A exaltação da dignidade humana e dos direitos fundamentais não pode se circunscrever à esfera teórica, devendo transpor esse âmbito para alcançar efetividade, traduzida na efetiva assecuração, a quem trabalha, da contraprestação, cujo núcleo básico é o estípcio

de salários, condição indispensável para viabilizar existência digna.

PANSIERI (2006, p.270) aduz que a reserva do possível é "outro condicionante importante à implementação dos direitos sociais" completa seu raciocínio acrescenta que a implementação dos direitos sociais dependerá do nível de desenvolvimento econômico, social, científico, cultural de cada Estado. Por essa razão os direitos sociais são de satisfação progressiva. Mas isto não significa que os direitos sociais somente serão implementados de acordo com os recursos ditos disponíveis pelos administradores; verificar-se-á a aplicação dos mínimos exigidos pela Constituição, bem como a *impossibilidade de retrocesso social*.

Ocorre que como bem ressalta BARROSO (2001) a Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, caput, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual seja, o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a toda pessoa que dela necessite. O direito à saúde, como dito, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. É a consagração da teoria do mínimo existencial de dignidade humana. Isto é, há um ponto do qual nem mesmo os desfavorecidos podem ser afastados, de modo que fazem jus, ao menos, aos direitos considerados mais básicos ao ser humano, como o direito à saúde, à liberdade e à vida.

Sobre o mínimo existencial adverte GRINOVER (2008, p. 15) que os "direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF/88) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas" contêm um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a dignidade humana.

O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado. O argumento da reserva do possível só poderia ser aceito, caso o Estado demonstrasse, satisfatoriamente, a

eficiência da administração pública (o que pressupõe a maximização dos recursos), a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos e o não-desperdício dos recursos existentes. Parece utópica tal demonstração já que salta aos olhos do senso comum a má utilização de recursos, só por demonstração não seria mais sensato, legal e ético que alocação de recursos para a veiculação de propagandas do governo, fosse transferida para a concretização de direitos fundamentais sociais, tal como a saúde, de forma a concretizar a Lei Fundamental. A efetivação do mínimo existencial, cuja vinculação decorre do comando normativo constitucional, é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro. O mínimo existencial se revela como núcleo básico tanto do princípio da dignidade humana quanto dos direitos sociais prestacionais, objetivando o alcance da justiça social, que é o cerne da função distributiva do Estado.

6 CONCLUSÃO

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, e indissociável do direito à vida que por sua vez é intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que encontra-se arrolado na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental (art. 1º, III).

Como salienta Antônio Henrique Pérez Luño (1993, p. 215), os direitos sociais, denominados por Norberto Bobbio (1992) como de segunda geração, exsurgem do reconhecimento de que liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos, o que condiz com a idéia de mínimo existencial garantido por meio da intervenção positiva do Estado. Disto extrai-se a essencialidade dos direitos sociais e a relevância jurídica enquanto bens tutelados pela Carta Magna, a saber direito a educação, ao lazer, ao trabalho, à moradia e à saúde. Todos estes direitos estão contidos no mínimo existencial englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, é sabido que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos constitucionalmente consagrados, cujo primado, em

um Estado Democrático de Direito como o vigente no Brasil, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. O argumento da reserva do possível não pode representar restrição à efetivação do direito à saúde, sob pena de ofensa ao mais importante dos direitos: o direito à vida, pois é deste que decorrem todos os outros. Sem direito ao efetivo direito à saúde não há que se falar em dignidade da pessoa humana, pois a existência daquele é requisito para a ocorrência real deste último.

6 REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor & COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Prólogo de Luigi Ferraioli. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, Trad. por Luís Afonso Heck, **Revista de Direito Administrativo**,-- n. 217/67, 1999.

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

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, v.3 n. 32, 2006.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lóbo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro**. Interesse Público, v. 19, n. 51, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito**. Revista de Direito Comparado, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, mai./1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, p. 11-22.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em < [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm) >. Acesso em: 28 dez. 2006.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2.001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista de processo** 2008 RePro 164 ano 33 out/2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia de Letras, 1988.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cougo. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos - **Revista Bioética**. Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 14, nº 1 - 2006.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

MASTRINER, Maria Luiza. **Assistência e seguridade social: oposições e aproximações**. Dissertação (Curso de Pós-graduação strito sensu) - Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica, 1992.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção - In: DIDIER Jr, Fredie. (Org.) **Ações constitucionais**. 2. ed. Salvador: PODIVM,

2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.v. I.

MORILLO Joaquín García, **La protección judicial de los derechos fundamentales**. Madrid: Tirant lo Blanch, 1994.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais – In: **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 7 – jan/jun de 2.006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de mestrado. Disponível em: <www.capes.org.br> Acesso em: 18 out. 2008

PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. (p. 265-273)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sócias e econômico no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: Estudos Internacionais em homenagem a Friedrich Muller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Rio de Janeiro - São Paulo -

Fortaleza: ABC Editora, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Andrea Alves dos. **Poder judiciário e políticas públicas**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em 07 out. 2008.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. (p.219-232). **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008.

SANTOS, Ademir Ap. Falque dos. **A tutela antecipada e o direito à vida**. Publicado no Juris Síntese nº 59 - MAI/JUN de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social In: SAMPAIO, Jose Adércio Leite (Cordenador). **Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias.(p. 257-264). **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Os vinte anos da

constituição Brasileira: da reserva do possível `proibição` de retrocesso social In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. (coordenadores) **Uma homenagem aos 20 anos de constituição brasileira.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos Fundamentais e Direito Comunitário.** Por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: CÔPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA Leonel Severo. (Org.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. (p. 1-p.73)

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TESSLER, Luciane Gonçalves. O judiciário e os direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues. **Princípios constitucionais fundamentais.** Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. (Coord.) São Paulo: Lex, 2005.

VITAL MOREIRA. **A ordem jurídica do capitalismo.** 4ª edição. Lisboa: Caminho, 1987.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.