ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

PUBLIC ADMINISTRATION, JUDICIAL ACTIVISM AND FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: GENERAL CONSIDERATIONS

Giovanna Cunha Mello Lazarini Gadia

Pós-graduada *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Empresarial e Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Mestranda em Direito Público pela UFU. Advogada.

Luiz Carlos Goiabeira Rosa

Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Professor da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), na graduação do curso de Ciências Contábeis - Câmpus do Pontal (FACIP/UFU) e do Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito (FADIR/UFU).

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 alçou o direito à saúde à categoria de direito fundamental social, dando-lhe as características de universalidade e aplicabilidade imediata. A caracterização da mencionada prerrogativa como "direito fundamental de segunda dimensão" a define como um direito a prestações positivas que devem ser realizadas pelo Estado. Embora a Constituição Federal tenha determinado o acesso universal e irrestrito ao atendimento sanitário, tal garantia nem sempre se concretiza no campo da prática. Cabe à Administração Pública empreender as políticas públicas de promoção, prevenção e recuperação da saúde, atendendo ao interesse público nos moldes previstos pelo texto constitucional. Entretanto, como em diversas situações fáticas o direito expresso na Constituição é negado àquele que dele necessita, verifica-se uma crescente procura pelo Poder Judiciário, a fim de que o mesmo proceda à análise e verificação da constitucionalidade das

ações da Administração, de modo a fazer valer as garantias constitucionais existentes. O objetivo do presente trabalho é analisar a atuação da Administração Pública na concretização do direito à saúde, bem como traçar um panorama do crescente fenômeno do ativismo judicial diante de situações em que o Poder Executivo não alcança o interesse público.

Palavras-Chave: Administração Pública, saúde, ativismo judicial, direito constitucional, direitos fundamentais

ABSTRACT: The Constitution of 1988 lifted the right to health to the category of fundamental social right, giving it the characteristics of immediate universality and applicability. The characterization of that prerogative as "fundamental right of second dimension" as a right define itself the positive benefits to be realized by the State. Though the Constitution has given the universal and unrestricted access to health care, such a guarantee is not always materialized in the field of practice. It is up to government to undertake public policies of promotion, prevention and recovery, given the public interest in the manner specified by the Constitution. However, as in many situations the right factual expressed in the Constitution is denied to him who needs it, there is a growing demand by the judiciary, so that it proceed to the analysis and verification of the constitutionality of the actions of the Administration to enforce existing constitutional guarantees. Thus, the aim of this study is to analyze the performance of public administration in realizing the right to health, as well as give an overview of the growing phenomenon of judicial activism in situations in which the executive branch does not reach the public interest.

Keywords: public administration, health, judicial activism, constitutional law, fundamental rights

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 trouxe em seu bojo diversas modificações no tratamento do direito à saúde no país. O acesso universal, amplo e irrestrito, a criação do SUS – Sistema Único de Saúde, e, de modo extremamente relevante, o tratamento dado ao

tema, que a partir de então foi abordado como direito fundamental e de aplicabilidade imediata, foram algumas das diversas inovações trazidas pelo texto constitucional.

Inobstante a obrigação da Administração Pública em fazer cumprir as determinações constitucionais, especialmente no que toca às garantias de acesso à saúde no Brasil, tem se tornado bastante comum nos últimos anos que o indivíduo que tenha se sentido prejudicado pela negativa de seu direito de acesso à saúde questione a recusa através de interposição de ação perante o Poder Judiciário. Daí a relevância do assunto, visto que tal situação serve como inspiração para as mais apaixonadas discussões que promovem o embate entre aqueles que defendem a legitimidade do Poder Judiciário em atuar na garantia desses direitos e seus opositores, que alertam que tal prática de intervenção na autonomia do Poder Executivo pode colocar em jogo elementos que são importantes pilares do Estado.

O confronto de importância entre o direito individualizado e aquele planejado para atender à coletividade é, na grande maioria dos casos, o mote que serve como palco das discussões mais acaloradas. Isto posto, como se efetivar e concretizar a garantia de acesso ao direito fundamental à saúde por parte da Administração Pública, se esta vê atrelada em sua essência a um orçamento rígido, limitado e com suas despesas previamente determinadas?

No trabalho que ora se propõe a desenvolver, busca-se analisar tal questão sopesando ambos os lados (Administração e indivíduo), com o intuito de, ao final, deixar exposto o panorama do cenário brasileiro acerca da responsabilidade da Administração Pública em prover a todos o acesso ao direito à saúde, bem como dos caminhos alternativos através da intervenção do Poder Judiciário que os que se sentirem lesados em seu direito poderão utilizar. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de considerações preliminares acerca da Administração Pública e sua função típica e da responsabilidade de garantir o acesso à saúde que lhe é atribuída na busca de atender ao interesse público, para então se chegar à investigação específica e aprofundada sobre a dicotomia garantia fundamental/limitação orçamentária; e também se utilizará, ainda que perfunctoriamente, o método dialético, expondo prerrogativas da Administração Pública que acabarão por se tornarem limitações quando do exercício da garantia ao direito à saúde do cidadão.

Buscar-se-á também explicitar o confronto entre os institutos do mínimo necessário à manutenção da dignidade humana e a reserva do possível devem ser tratadas sob a ótica da proporcionalidade, de forma a que se alcance a melhor e mais justa forma de ação, a fim de que a Administração Pública cumpra seu encargo de fazer chegar à população o alcance dos direitos constitucionalmente garantidos, sem, com isso, comprometer seriamente as políticas públicas previamente delimitadas e aprovadas em seu orçamento.

2. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No direito público, o termo *administração* caracteriza a atuação que realiza aquele que não é senhor absoluto, quem detém competência para gerir e, via de conseqüência, o ônus de prestar contas da gestão realizada. Nesse sentido, pode-se dizer que Administração Pública seria a estrutura responsável por gerir o Estado e prestar contas de tal gestão, pelo que tal figura pode ser interpretada em sentido objetivo e subjetivo.

Objetivamente, escrito com letras minúsculas, administração pública configura o desempenho das atividades administrativas. Neste tipo de abordagem não se atribui importância aos sujeitos, mas à atividade realizada para atender às necessidades da sociedade, nos termos exigidos pelo regimento jurídico administrativo e viabilizado pela estrutura disponível. Pode-se afirmar, portanto, que a administração pública é o exercício da função administrativa, a atuação do Estado no objetivo de cumprir as determinações exaradas pelas normas de direito público, submetidas ao controle de juridicidade.

Di Pietro (2005, p. 59-61) bem assinala que, sob um viés objetivo, a administração pública "é uma atividade concreta, porquanto coloca em execução a vontade do Estado contida na lei. Sua finalidade é satisfazer direta e indiretamente os fins do Estado, sob o regime de direito público".

Subjetivamente, a expressão traz em seu conteúdo a definição de correspondência ao conjunto de órgãos e entidades administrativas que praticam a função administrativa. Grafada em letras maiúsculas, a Administração Pública designaria então os órgãos das pessoas federativas e as entidades administrativas a elas relacionadas que, atuando de ofício, satisfazem necessidades sociais a partir do cumprimento das normas legais. A terminologia se refere a todas as pessoas que exercem a atividade administrativa, nomeando todos os órgãos das pessoas públicas e privadas a quem cabe exercer função administrativa, ainda que pertencentes ao Poder Judiciário ou Legislativo.

A Administração Pública não deve ser confundida com qualquer desses poderes estruturais. Embora incumba ao Poder Executivo a função de administrador por excelência, Carvalho Filho (2011, p. 11) salienta que nos Poderes Judiciário e Legislativo há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, citando o exemplo da organização interna dos serviços e de seus servidores para concluir que todos os órgãos e agentes destes Poderes que estiverem exercendo função administrativa serão integrantes da Administração Pública. Nesse sentido, feliz fora o legislador constituinte ao traçar diretrizes constitucionais mais

especificamente relacionadas à Administração Pública na Seção I, Capítulo 7, intitulado "Da Administração Pública", artigos 37 a 43 da Constituição Federal de 1988.

A lição de Meirelles (2011, p. 66) merece destaque pela transparência com que brinda a definição:

> [...] a Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo. [...] Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Os atos que pratica são denominados atos administrativos, atividades neutras vinculadas à lei ou à norma técnica.

O Estado realiza as atividades administrativas objetivando beneficiar a coletividade: ainda quando praticada visando a atender a um interesse estatal imediato, seu fim deverá ser sempre voltado a garantir a satisfação do interesse público. Se esse objetivo não for comprovado, comprometer-se-á a atuação da Administração Pública por desvio de finalidade.

Conforme preleciona Carvalho Filho (2011, p. 29),

> [...] não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Com efeito, o interesse público é sempre cortejado por quem detém poder. Por conseqüência, situações há em que, desvirtuado, o interesse público acaba por acobertar e justificar intenções menos nobres disfarçadas de "razões de Estado", artifício usado como escudo protetor contra críticas e represálias, para fazer-se da máquina administrativa joguete para atender a interesses particulares e ter imunidade até mesmo à atuação e controle do Poder Judiciário.

Justen Filho (2005, p. 39-41) bem obtempera a rspeito:

> O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem sua promoção de modo imperioso.

Insta frisar ser função típica da Administração Pública velar pelo interesse público, interpretá-lo e aplicá-lo aos casos concretos que lhe são apresentados. Ato contínuo, se a Administração Pública não puder se valer para o exercício de suas funções e das prerrogativas

que lhe são atribuídas - como a imperatividade e a presunção de legitimidade dos atos que pratica por exemplo -, seria o reinado do caos e total comprometimento da segurança jurídica.

Dessume-se disso que o princípio da supremacia do interesse público é um dos corolários que norteiam o Direito Administrativo. Sua observância garante que a prevalência dos interesses da sociedade perante os interesses particulares, evitando a desagregação que haveria se cada indivíduo ou setor da coletividade buscasse a concretização de seus interesses particulares em detrimento da sociedade em si considerada.

A realização desses interesses impõe ao agente público uma atuação concreta na busca de sua satisfação. À concretização de um fim que equivalha aos valores e necessidades sociais convencionou-se chamar de interesse público primário, o qual, segundo Barroso (2005, p. 56), é a razão de ser do Estado e se resume aos fins que são de sua obrigação promover, como justiça, segurança e o bem-estar social. Prossegue o mencionado autor conceituando interesse público secundário sendo aquele relacionado à pessoa jurídica de direito público que figure como parte de uma relação jurídica. É o interesse do erário, voltado para o objetivo de maximizar arrecadação e minimizar despesas (BARROSO, 2005, p.56).

Em síntese, o interesse público é a soma dos interesses individuais que se coincidem em torno de um bem a que se atribui valor ou utilidade de fundo moral ou material. Passa a denotar caráter público quando dele compartilham um determinado numerário de pessoas que fazem parte de uma comunidade específica, tornando-se interesse de todo o grupo ou, ao menos, um querer predominante da comunidade.

Em uma sociedade democrática, o interesse público e o particular são igualmente respeitados. Quando o interesse individual é preterido em razão da importância e natural predominância do interesse público, deverá ser compensado mediante a conversão em um tipo de valor, como acontece a título de exemplo nos processos de expropriação de propriedade particular para atender interesse público. O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é composto por vários dispositivos que ratificam essa orientação.

Entrementes, frise-se que tal supremacia não decorre de um permanente antagonismo entre o interesse individual e aquele dito público. Como argumenta Escola (1989, p. 243):

> O interesse público, de tal maneira, não é de entidade superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: o interesse público só é prevalecente, com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde com o querer valorativo atribuído à comunidade. Esta prevalência se funda, também, no fato de que o interesse público, concebido dessa forma, e como o caracteriza Gordillo, haverá de resultar em maiores direitos e benefícios para todos e cada um dos indivíduos da comunidade, que, por isso, justamente, aceitam voluntariamente aquela predominância que lhes é

> vantajosa. Esta prioridade e essa aceitação voluntária não se produzem quando, em um suposto interesse público – que já sabemos que, em realidade, não é tal – não é possível reconhecer e distinguir uma maioria de interesses individuais, como ocorre quando se apresenta somente como um interesse do Estado, da administração, do partido governante, do hierarca, etc. Por isso tem-se sustentado, com razão, que o interesse público no qual cada indivíduo não possa encontrar ou identificar sua porção concreta de interesse individual é uma simples falácia – Gordillo.

A grande questão que se impõe é a necessidade de se encarar a supremacia do interesse público como um instituto que trabalha de mãos dadas com a garantia da eficácia dos direitos fundamentais. Freitas (2004, p. 34-35) preleciona que "o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais". Não é outro o entendimento de Sarmento (2005, p. 82-83), quando defende a necessidade de que a doutrina reconheça a dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

> Como se sabe, a idéia da dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público.

O problema que persiste é que nos tempos atuais a sociedade evoluiu para um complexo sistema de relações, e dele decorrem uma variada gama de interesses, todos com semelhante carga de relevância: públicos, primários e passíveis de proteção pela Administração Pública, mas que se diferenciam pelas amplitudes que assumem.

Diante desse cenário, percebe-se a necessidade de ponderação e confrontamento entre tais interesses, na busca "do melhor interesse público, aquela solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo". A noção do "melhor interesse público", segundo Sarmento, somente pode ser alcançada partindo-se de um procedimento racional que abarca a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como de um juízo de ponderação que tornará viável a concretização de todos eles na maior amplitude possível. O instrumento a ser utilizado na produção desse raciocínio ponderativo é o princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2005, p. 151-167), onde se sopesarão os interesses

confrontantes e, diante da situação fática apresentada, buscar a solução ideal que garanta a maior realização possível dos anseios almejados.

A atividade de ponderação torna-se menos complexa quando o conflito envolve direitos fundamentais, que têm prevalência em princípio garantida pela Constituição brasileira. Não obstante, a ponderação continua extremamente necessária para que se possa garantir a efetiva realização do interesse público em sua real dimensão.

3. A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde sua abordagem pelos primeiros textos constitucionais, os direitos fundamentais sofreram várias modificações, evoluindo no que toca a seu conteúdo, eficácia e concretização. No intuito de traçar a linha de desenvolvimento desses direitos diante do contexto histórico, convencionou-se, como anteriormente explicitado, a utilização das expressões "geração" ou "dimensão" de direitos. Essa classificação, nos dizeres de Sarlet (2010, p. 46)

> [...] não aponta, tão somente, o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno, e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Jellinek, em sua obra intitulada "Sistema dos Direitos Públicos", formulou concepção original de acordo com a qual o indivíduo vinculado ao Estado encontra sua posição a este cunhada por quatro espécies de situações jurídicas – status, seja com sujeito de deveres, seja como titular de direitos. A partir desta concepção, Alexy desenvolve sua teoria classificatória dos direitos fundamentais, segundo a função por eles exercida no ordenamento jurídico e a estrutura deôntica de suas normas, são estes divididos em três grandes grupos – os direitos a algo, as liberdades e as competências (OLSEN, 2010, p. 2010).

Em que pese a importância de compreender cada aspecto da classificação ora apresentada, o foco de atenção e direcionamento do estudo volta-se para os direitos fundamentais em sentido estrito, também denominados de direitos fundamentais sociais. Os direitos fundamentais sociais objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real/efetiva, que pressupõem o comportamento ativo do Estado. Neste contexto, Sarlet (2010, p. 284) preleciona que

> [...] os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objetivo, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

O direito à saúde está inserido dentre aqueles denominados "de segunda dimensão". A Revolução Industrial ocorrida no Século XIX foi um período de grande prosperidade vivida pela sociedade, mas que teve um elevado preço: sacrifício de uma enorme parcela da população, essencialmente da classe trabalhadora, que atuava em condições deploráveis. A extenuante jornada de trabalho, a inexistência de um salário mínimo, férias ou qualquer descanso regular, somados à exploração do trabalho infantil acabaram por gerar uma grande insatisfação da classe trabalhadora, que se organizou para reivindicar direitos que lhes garantissem condições mais dignas e razoáveis.

É nesse contexto conflituoso que nasce o Estado do bem-estar social que, não obstante o vínculo essencial com as ideias capitalistas envolve-se na busca da promoção de maior igualdade social e melhores condições de trabalho, além de se comprometer a garantir os direitos econômicos, sociais e culturais, que são aqueles relacionados às necessidades primárias dos seres humanos, como alimentação, saúde, educação e moradia.

O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pelo estabelecimento de direitos sociais. A Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 foram pioneiras na positivação desses direitos. No Brasil, a Constituição de 1934 é o marco inicial em que se verifica a perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade.

É, contudo, somente após a Segunda Guerra Mundial que esses direitos realmente foram consagrados em um maior número de textos constitucionais e diplomas internacionais. Goiabeira Rosa e Vieira Rosa (2012, p. 139-140) bem obtemperam a respeito:

> Além disso, os horrores da Segunda Guerra Mundial despertaram efetivamente a Humanidade para a necessidade de tutela do ser humano quanto aos seus valores e individualidade. O nazismo e o fascismo, com suas ideologias racistas e xenófobas, permitiram atrocidades a tal ponto de simplesmente se ignorarem atributos como a individualidade, liberdade, consciência e tantos outros, desprezando-se por completo a importância da pessoa humana individualmente considerada no contexto da evolução social. Some-se a isso o desprezo aos direitos da pessoa humana, nas várias ditaduras que assolaram o mundo no século XX. [...] Outros acontecimentos resgataram os ideais kantianos de ser humano enquanto centro do sistema social e normativo, tais quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Constituição de 1949 da República Federal da Alemanha (antiga Alemanha Ocidental). Esta consagrou e expressamente reconheceu a

> dignidade da pessoa humana enquanto princípio supremo em seu artigo 1º: "a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e a proteger será obrigação de toda autoridade estatal" (ALEMANHA, 1949, tradução nossa). Surge então o novo paradigma antropocêntrico do ordenamento jurídico: num novo contexto em que o Código deixa de ser o sustentáculo do Direito Privado e dá lugar à Constituição Federal, deixa-se de tratar a personalidade e seus direitos única e primordialmente à luz do prisma patrimonial – isto é, restritamente ao ressarcimento por danos materiais ainda que a ofensa tenha sido exclusivamente à personalidade e seus elementos -, para se enfocar a pessoa humana em si enquanto objeto de tutela: reconhece-se a dignidade humana como bem primordial a ser tutelado e protegido.

Bem assim, os direitos fundamentais da pessoa humana constituem espécie do gênero "direitos humanos". São, em sentido material, pretensões que em determinado momento histórico firmam-se a partir da perspectiva do valor da dignidade humana. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 159). Se historicamente os direitos humanos estão relacionados com valores como vida, dignidade, liberdade e outros mais, serão considerados como direitos fundamentais aqueles que têm serventia a alguns desses valores. São denominados "fundamentais" porque, sem a sua concreta presença, não há como garantir uma convivência digna, livre e igual em plenitude para todos os indivíduos.

Há uma ligação intrínseca entre constitucionalismo e direitos fundamentais. Como preleciona Canotilho (1993, p. 528), os direitos formalmente fundamentais são aqueles expressos em normas jurídicas de vocação constitucional, ou seja, normas formalmente constitucionais. Daí depreende-se que fundamentais são aqueles direitos especificamente expressos no corpo do texto constitucional, bem como aqueles que foram protegidos mais rigidamente pelo legislador constituinte, seja pela declaração de sua imutabilidade ou pela imposição de instrumentos mais complexos para que se concretize sua modificação. Tal cenário é conseqüência natural dos direitos que figuram como objeto da proteção do Estado. Os valores mais preciosos da existência humana devem ser tutelados por uma legislação com caráter vinculante de força extrema, imune às ocasionalidades e aos destemperos que ocorrem isoladamente e poderiam colocá-los em risco.

Os direitos fundamentais têm atuado como o agente motor de um grande processo de expansão da jurisdição constitucional. Como bem colocado por Santos, "a abertura que as normas declaratórias de direitos propiciam permite uma atividade interpretativa mais complexa, viabilizando uma atividade jurisdicional mais intervencionista" (SANTOS, 2011, p. 65).

Observa-se que o direito à saúde enquanto direito fundamental social possui a característica de exigir do Estado a promoção de ações concretas e efetivas, que garantam o cumprimento dos preceitos constitucionais que tratam do tema como direito de todos, tais como construção de hospitais, fornecimento de medicamentos, campanhas de vacinação para erradicação de doenças, e principalmente políticas de conscientização e prevenção.

O tratamento da saúde como direito humano e fundamental, abarcado pela proteção e tutela pelo Estado, é fruto de longa e gradativa evolução não apenas no que concerne aos conceitos de Direito, mas da própria concepção do que seja a saúde em si mesma considerada. É dizer: se nas sociedades primitivas, relacionava-se a saúde a aspectos de cunho mágico-religioso a ponto de a doença significar desobediência às leis divinas (SCLIAR, 2007, p. 30), a evolução da Humanidade possibilitou igualmente o desenvolvimento do hodierno conceito previsto no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946), segundo o qual "saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente ausência de doença"[1]. Conforme Goiabeira Rosa e Vieira Rosa (2012, p. 145), a saúde deixou de ser um simples estado de ausência de doença, e passou a ser entendida como um estado de equilíbrio entre o físico e o psicológico do ser humano – coloquialmente, entre corpo e espírito.

Amparando-se em tal concepção, a saúde de uma pessoa reúne simultaneamente características individuais, físicas e psicológicas, resultando ainda do ambiente social e econômico em que ela vive. Nesse sentido, objetivando proteger o direito à saúde, o direito sanitário tem o importante condão de definir, no cenário da sociedade, quais os direitos e deveres do Estado, das famílias, da coletividade, das empresas e dos indivíduos.

No direito brasileiro a saúde somente foi tratada como matéria constitucional a partir da Constituição de 1934, que estabelecia, em seu art. 10, II, ser de competência executiva concorrente da União e dos Estados a organização de sua prestação. Por sua vez, o texto constitucional de 1937 aborda o tema da saúde como serviço público essencial da República, determinando ser de competência privativa da União a sua normatização, bem como de competência suplementar dos Estados a possibilidade de legislar acerca dos casos relacionados a saneamento básico, medidas profiláticas e organização de casa de saúde (artigos 16, XXVII e 16, c). A Carta de 1946 e a de 1967 seguiram a tendência do diploma constitucional anterior.

---

[1] No original: Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

É, entretanto, a partir da Constituição de 1988, momento em que a saúde foi reconhecida expressamente como um direito humano fundamental, direito de todos e dever do Estado, que o Direito Sanitário consolidou-se em definitivo no país. Daí em diante as questões relativas à saúde da população foram acompanhadas, disciplinadas e organizadas de forma muito mais intensa pelo direito brasileiro.

Consolidando o processo de evolução do sistema público de saúde, a Carta Magna de 1988 consagrou o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde como um direito de cidadania. Desta forma, o direito à saúde passou a ter como seu garantidor o princípio da universalidade, sendo elevado ao nível de direito e garantia fundamental, norma dotada de eficácia plena.

Citada por Vizeu (2006, p. 115-116), Groti bem esclarece a questão da universalidade do direito à saúde:

> Princípio da Generalidade ou universalidade: embora alguns o vejam como um princípio autônomo, é mais uma manifestação do princípio da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender, indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção constitui um dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem. (...) A prestação dos serviços públicos deve considerar as condições e diferenças dos usuários e a determinação da expansão dos serviços voltada para a consecução do atendimento universal, de modo a possibilitar o acesso a tais serviços a todos, independentemente das forças do mercado.

Bem assim, o artigo 6º da Constituição define expressamente a saúde como direito humano fundamental social, e o artigo 196 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, determinando a promoção de políticas sociais e econômicas que garantam sua consecução e o acesso igualitário e universal às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. A partir deste último dispositivo, pode-se avaliar o sistema de organização, manutenção e fiscalização da saúde no país: nele está inserida a disposição de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e a determinação da execução de políticas públicas que possibilitem o acesso universal ao direito fundamental.

A saúde é direito humano fundamental indispensável ao real desenvolvimento do país. É por isso que as ações e serviços de saúde são, no ordenamento jurídico brasileiro, considerados de relevância pública, conforme se depreende do artigo 197 da Constituição Federal, devendo estar sujeitos aos mecanismos de controle social de uma democracia, para evitar eventuais abusos a esse Direito.

A efetivação do Direito à Saúde depende fundamentalmente da atuação do Estado, uma vez que sua promoção, proteção e recuperação estão sempre relacionadas a uma determinada ação a ser tomada pelos órgãos estatais, seja ela de alçada legislativa, tal como a elaboração de leis que visem proteger ou garantir o acesso às prestações sanitárias, de âmbito executivo, tal como a execução de políticas públicas referentes ao fornecimento de medicamentos, ou mesmo de caráter judiciário, como a prestação jurisdicional em resposta a questionamento de cidadão que se sinta lesado em seu acesso ao direito à saúde.

Torna-se patente que o direito à saúde dos indivíduos implica um comprometimento estatal que o garanta. O acesso à saúde, elencado no rol dos direitos fundamentais sociais, impõe ao Estado a adoção de políticas sociais e econômicas que objetivem reduzir o risco dos agravos e o acesso universal à promoção, proteção e a recuperação da saúde. Baseado no dispositivo normativo da Constituição Federal ora apresentado é mister a produção de algumas observações.

Exige-se uma superação da teoria estrita de classificação das normas constitucionais em espécies preestabelecidas, realizadas por alguns doutrinadores, isto porque, compreender o disposto no art. 196 como uma norma de caráter estritamente programática, incapaz de produzir efeitos imediatos, somente indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição (MENDES; BRANCO, 2011, p.309). Nesta esteira, conforme ensina Canotilho (2010, p. 49):

> O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição.

Utilizando-se como paradigma o disposto no 5° §1° da Constituição Federal, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade direta", percebe-se que o mandamento normativo previsto no art. 196 é de caráter preceptivo e não meramente programático, uma vez que os direitos fundamentais têm sua base na Constituição e não na lei, sendo direcionados a "todos", atuando tanto como direito individual quanto direito coletivo. Mesmo sendo um direito clássico de segunda dimensão e possuindo caráter preponderantemente social, é sobretudo um direito público subjetivo exigindo do Estado uma relação jurídica obrigacional.

Ao determinar ser um dever estatal, o artigo em comento estabelece que além do direito à saúde há o dever fundamental de prestação da saúde por parte dos entes federativos

(União, Estados-membros e Municípios). Não sem motivo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre a proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e Municípios (art. 24, XII, e 30, II, da Constituição Federal). Importante destacar que à União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, §1°); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, §2°); e aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e estadual, o que couber (art. 30, I e II).

O disposto no art. 23, II refere-se à competência comum em aspecto administrativo, cabendo aos entes da federação desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, sendo, portanto, responsáveis solidários pela saúde junto ao indivíduo e à coletividade.

Outrossim, a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que reconhece a saúde como direito de todos, confere ao Estado a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde capazes de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como de garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (SANTOS, 2010, p. 201). Tem-se como exemplo a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, instituído no Brasil através da promulgação da Carta Constitucional de 1988 e resultado das propostas de reforma sanitária que traziam em seu bojo a necessidade de se alterar o falho sistema vigente desde 1975.

O SUS é uma instituição pública e nacional, fundada no princípio da universalidade do atendimento, a indicar que a assistência à saúde deve atender irrestritamente a toda população. Suas diretrizes são a administração descentralizada, a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. O SUS representa a mais importante instituição jurídica do Direito Sanitário brasileiro, integrando e organizando todas as outras que fazem parte do universo sanitário no país: não obstante constituído como sistema público, o SUS compreende as redes pública e privada de saúde, esta última utilizada por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público, conforme as previsões constitucionais relativas ao tema.

Outrossim, em âmbito infraconstitucional o acesso à saúde está organizado em um complexo sistema que envolve a participação dos referidos entes federativos, que atuam em regime de direito público, bem como de entidades privadas, que tem sua atividade pautada ora pelo direito público, ora pelo privado. A norma do artigo 198 da Constituição Federal foi regulamentada em caráter infraconstitucional através da edição da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, denominada de Lei Orgânica da Saúde. A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do já mencionado SUS, apresentando sua forma de organização e de

funcionamento. Nestes termos, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p.833).

O art. 2° da lei supracitada apresenta expressamente o direito à saúde como um direito fundamental, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis para seu pleno exercício e concretização. Típico direito de segunda dimensão, o direito à saúde, conforme legislação infraconstitucional diretamente relacionada ao dispositivo constitucional clama do Estado uma ação prestacional positiva. Entretanto, é importante ressaltar que o dever estatal de prestação, no que tange o direito à saúde, não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º, §2º da lei 8.080/90). Isto porque, nas lições de Leal (2009, p. 164):

> O direito à saúde não pode se concretizar, ou pelo menos não se concretiza somente através de uma política constitucional, eis que está é, *prima facie*, uma projeção imperativa sobre órgãos constitucionais do Estado das contingência de várias esferas da sociedade.

Desta forma, a Constituição brasileira consagra o Sistema Único de Saúde como a instituição responsável pelo serviço público de saúde e ações concernentes à sua realização, composto de uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado em acordo com a descentralização, com direção única em cada esfera de governo e atendimento integral.

O SUS necessita de financiamento permanente, munido de constância e equilíbrio suficiente para garantir o cumprimento dos objetivos constitucionalmente estabelecidos. Por essa razão a Constituição tratou do financiamento das ações e serviços de saúde, sendo complementada pelas Leis 8080/90 e 8142/90. Entretanto, é notório que em diversas situações o Sistema criado não comporta o atendimento das necessidades apresentadas pelos indivíduos que dele dependem para ter seu direito à saúde concretizado: o confronto entre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível acabam por fundamentar o crescente volume de demandas judiciais que surgem, todas alavancadas pelo desejo de seus impetrantes em ver alcançado o direito fundamental garantido constitucionalmente.

Assim, diante da dicotomia estatal entre a obrigação e a possibilidade concreta de garantir a saúde ao cidadão, surge o fenômeno do ativismo judicial, decorrente da situação que se estabelece após o advento da Constituição Federal de 1988: de um lado, a Constituição Federal garantindo expressamente o caráter de imediata realização dos direitos fundamentais, traduzido, neste caso específico, pelo fornecimento do acesso à saúde; de outro, a Administração Pública e a dificuldade em se efetivar com plenitude de satisfação a todos os

pleitos que se lhe chegam, e as responsabilidades decorrentes da aprovação ou negativa dessas solicitações.

4. DO ATIVISMO JUDICIAL ENQUANTO MECANISMO DE GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE

No que concerne ao direito à saúde, a Constituição de 1988 impôs ao legislador ordinário o ônus de abordar as ações públicas destinadas a garantir o direito fundamental social mencionado da forma mais ampla, abrangente e concreta possível. Contudo, por mais universal que se pretenda o atendimento e o acesso à saúde, a realidade fática demonstrou não ser possível às ações públicas garantir todas as situações reais existentes, o que delega ao Poder Judiciário a legitimidade para, sempre que for acionado, suprir a eventual atitude omissiva do Estado, intervindo nas políticas públicas de saúde.

Acerca de tal inércia do Poder Público, Afonso da Silva (2008, p. 598) bem explica:

> Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que falas na elaboração dessas mesmas políticas. Nesses termos – ou seja, como controlador da execução de políticas já existentes -, o Judiciário conseguiria, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência dos direitos sociais.

Nessa linha de raciocínio vislumbra-se o ativismo judicial, fenômeno que desperta diversos questionamentos e acaloradas discussões no cenário jurídico e na sociedade. Caracteriza-se, segundo Almeida (2011), “pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão expressa”.

Montesquieu, ao discorrer acerca das funções estatais, defendia que o Poder Legislativo se caracterizava pelo condão de produzir as leis, e de corrigir as que já foram feitas. Segundo Medeiros (2011, p. 87), Montesquieu enfatizava que o Poder Executivo era o poder de fazer a paz ou a guerra e garantir a segurança, bem como se referia ao poder de julgar como que correspondente ao poder de punir os crimes ou de julgar as lides entre interesses particulares. A figura do juiz era por ele descrita como “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor” (MEDEIROS, 2011, p. 87).

Não obstante a evolução do princípio da separação dos poderes, impende ressaltar que a Constituição Federal de 1988 regulou as relações entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, definindo e delimitando suas atribuições e direitos e deveres de seus membros, e, finalmente, regulando o relacionamento entre os órgãos de poder. Outrossim, o que se pode verificar é a existência de diversas situações dispostas na Constituição Federal em que um poder exerce controle sobre as funções incumbidas ao outro.

Dentre os mecanismos de controle, é de se destacar a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a constitucionalidade das políticas públicas realizadas pelo Estado. Não parece haver dúvidas de que o sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição de 1988 atribuiu competência ao Poder Judicante para, sempre mediante provocação e no bojo de um processo judicial, sindicar negativamente o ato do Poder Público que venha a embasar determinada política pública adotada ou em vias de ser pelo Estado, reconhecendo, se for o caso, a sua contrariedade ao texto constitucional. Com efeito, após 1988 o Poder Judiciário tornou-se o guardião por excelência dos valores expressos na Carta Magna, possuindo papel de destaque na sociedade brasileira.

Conforme Barroso (2010), o ativismo judicial é uma escolha do magistrado, que pode interpretar as normas constitucionais ampliando seu significado e abrangência, o que normalmente acaba por significar uma retração do Poder Legislativo:

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

Faz-se relevante explicitar a diferença existente entre judicialização e ativismo judicial. Judicialização é fenômeno de grande complexidade e que possui dimensões diversas: consubstancia-se numa espécie de transferência de decisão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, que então estabelece as normas de conduta a serem adotadas pelos demais poderes quando do tratamento dos assuntos em questão.

A expressão "judicialização da política" foi utilizada a partir da obra de Neal Tate e Vallinder, para os quais, segundo Júnior (2011):

> [...] a judicialização da política pode ser contextualizada tanto na expansão da área de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com a

> transferência de decisões da arena política para a arena judicial, quanto na propagação dos métodos típicos do processo judicial para fora dos tribunais, como a designação de relatores, votos, recursos, audiências públicas e até mesmo o socorro a precedentes.

A seu turno, Barroso (2010) difere de modo bem claro os institutos da judicialização e do ativismo:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Infere-se, portanto, ter o ativismo judicial extrema relevância no contexto social. Como importante instrumento disponível para qualquer indivíduo que se encontre em vias de ter seus direitos prejudicados, ou, ainda, que já tenham sido efetivamente lesados na garantia do acesso à saúde, a possibilidade de o cidadão ter seus questionamentos revisitados pelo Poder Judiciário é de grande valia.

Por óbvio que não se defende a utilização ilimitada e acintosa deste instituto. Na pretensão de se construir um Estado que respeite liberdades, torna-se fundamental que o exercício do poder seja realizado balizado em um sistema de freios e contrapesos capazes de conter os Poderes e fazê-los andar dentro dos parâmetros constitucionalmente estabelecidos. A interferência de um Poder sobre o outro somente se legitima quando tem por objetivo garantir que o princípio da limitação dos poderes atue para impedir abusos e jamais para que um Poder predomine sobre o outro. O direito à saúde deve ser encarado como direito *prima facie*, mas isso não significa ignorar ou menosprezar outros valores constitucionais merecedores de igual consideração.

A atuação do Judiciário na garantia do acesso ao direito à saúde não pode se converter em uma autorização para que os órgãos jurisdicionais venham a desempenhar uma função que a Constituição Federal não lhe tenha atribuído (MEDEIROS, 2011, p. 108).

O número cada vez mais volumoso de sentenças judiciais interferindo em políticas públicas de saúde tem compelido administradores a se debruçarem sobre demandas individualizadas e particulares, o que poderia ser um desvio de atenção na produção, execução e avaliação das políticas públicas que deveriam ser propostas para alcançar a maioria da sociedade. Vale registrar o comentário de Souza Neto (2008, p. 529): "em setores como o da saúde, decisões judiciais que não consideram problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que pretendem promover".

Daí se observa que, se de um lado o princípio da dignidade humana do qual se depreende o conceito do mínimo necessário a uma existência digna exige que a Administração Pública produza os meios necessários ao atendimento das necessidades que lhe são apresentadas, utilizando-se para tanto, em muitas situações, do ativismo judicial como instrumento precioso de atuação, de outro lado a Administração Pública coloca em xeque a interveniência do Poder Judiciário valendo-se em sua defesa do instituto da reserva do possível, da limitação de seus recursos, do escasso orçamento e da necessidade prioritária em se atender a comunidade em detrimento de interesses isolados.

5. DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

De fato, muito se questiona acerca do confrontamento entre os institutos denominados "mínimo existencial" e "reserva do possível" na garantia e cumprimento dos preceitos constitucionais atinentes aos direitos fundamentais. Ainda que o acesso à saúde seja direito fundamental expressamente previsto na CF/88, tal prerrogativa não é ilimitada: ainda que obrigada a cumprir os ditames constitucionais, a Administração Pública dispõe de um orçamento finito, e em diversas situações é na defesa deste argumento e sob a motivação de se estar defendendo o interesse público, que o Estado termina por negar o acesso ao direito expresso na Constituição Federal.

Mínimo existencial e reserva do possível são dois institutos valiosos no aprofundamento do estudo acerca do direito sanitário, seu acesso no Brasil e a garantia de sua concretização via de atuação da Administração Pública.

Foi na Alemanha que se verificou originalmente a ideia de direito fundamental e da garantia de uma vida com dignidade. A discussão acerca de que se garantisse o mínimo indispensável a uma existência digna obteve posição de destaque após o início da vigência da Constituição Alemã de 1949, a qual consagrou e expressamente reconheceu a dignidade da

pessoa humana enquanto princípio supremo em seu artigo 1º: "a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e a proteger será obrigação de toda autoridade estatal"[2] (ALEMANHA, 1949, tradução nossa).

Bem assim, a primeira decisão de que se tem notícia a garantir a essência da vida com dignidade foi dada pelo Tribunal Federal Administrativo alemão em seu primeiro ano de funcionamento. Tal decisão reconheceu a existência de um direito subjetivo do indivíduo carente a ser auxiliado materialmente pelo Estado, fundamentando a posição no postulado da dignidade da pessoa humana, nos direitos à vida e à liberdade, e na crença de que o indivíduo, para ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, necessita, primordialmente, ter garantida a manutenção de suas condições de existência.

É da lição de Torres (2009, p. 36-37) que se pode depreender a grandeza do instituto:

> Não é qualquer mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do quem nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. [...] Não se confunde com o direito á vida, que tem duração continuada entre o nascimento e a morte e a extensão maior que o de existência, que é situacional e não raro transitória. A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que é necessário à existência digna.

Não se pode, entretanto, simplificar o conceito, sob o risco de que se acabe por confundir o que se trata por mínimo existencial com a ideia do mínimo necessário à sobrevivência do indivíduo. São duas vertentes diversas: embora o mínimo existencial englobe por sua abrangência o mínimo necessário à sobrevivência dos seres humanos não se limita a este, dado que amplia seu campo de significado para muito além da simples sobrevida humana. Como se vê através do entendimento de Sarlet (2010, p. 23):

> Tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da

[2] No original: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

> pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade.

Há que se ressaltar que o direito mínimo para uma existência digna em razão de sua essência eminentemente fundamental é orientado pelo Estado. Isso quer dizer que é responsabilidade da Administração Pública prover e garantir o acesso ao mínimo necessário à dignidade humana, atuando na concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Essa relação do instituto com a prestação estatal é analisada por Bitencourt Neto (2010, p. 128):

> Sendo o direito ao mínimo para uma existência digna a reserva de eficácia da dignidade da pessoa humana, quanto à garantia de meios mínimos para tanto, admitir a necessidade de intervenção legislativa prévia à eficácia plena de sua dimensão prestacional seria esvaziar de sentido o próprio direito. Assim, se para os demais direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, a eficácia plena como direito a prestações depende da interposição legislativa, a fim de assegurar, em especial, o respeito ao princípio democrático e à repartição de funções, o mesmo não vale no caso do direito ao mínimo existencial. Se assim fosse, seria inviável justificar a possibilidade de adscrição de um tal direito a disposições jusfundamentais, na medida em que tem como conteúdo exatamente a execução direta de dimensões de outros direitos fundamentais. (...) Se o direito ao mínimo existencial postula uma intervenção do Estado protetora contra a ameaça de terceiros, impõe o dever de legislar que, se for descumprido, autoriza intervenção jurisdicional direta para regular a norma de solução do caso concreto. Por outro lado, impondo também uma intervenção estatal que assegure prestações materiais mínimas para uma existência digna, dirige-se inicialmente ao legislador, para a escolha dos meios e a definição dos recursos necessários para tanto. Não obstante, ficando inerte o legislador, ou regulando o direito de modo insuficiente, autoriza também aqui intervenção jurisdicional direta para regular a norma de solução do caso concreto.

Assim, conclui-se que o mínimo fundamental não pode ser confundido com o que se chama comumente de mínimo de sobrevivência: enquanto este abrange a garantia da vida humana dentro de padrões estritamente biológicos – entenda-se, o mínimo para o indivíduo sobreviver, aquele busca englobar a vida humana com qualidades – ou seja, vida com dignidade.

O mínimo existencial, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, tem sido identificado, segundo Sarlet (2010), como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, blindado contra toda e qualquer intervenção que ocorra por parte da sociedade ou do Estado. No Brasil, embora não exista uma previsão constitucional

expressa que abarque a garantia do mínimo existencial, a garantia de uma existência digna está expressamente presente no rol dos princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), e implicitamente em todo o arcabouço constitucional advindo do princípio basilar da dignidade humana e seus corolários.

Entretanto, não se pode olvidar que a concretização das prestações indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais está condicionada à disponibilidade de recursos financeiros: o acesso ao direito à saúde respeita um orçamento pré-determinado, e é aí que o instituto da reserva do possível toma seu lugar como argumento que embasa diversas negativas ao direito constitucionalmente garantido. Assim, percebe-se que a utilização do instituto da reserva do possível vem em confrontamento à autorização indistinta de acesso a diversos direitos fundamentais, mais especialmente, no caso do presente trabalho, à prestação sanitária.

Os recursos destinados à satisfação dos interesses dos indivíduos não são ilimitados, e daí tem-se o início da ponderação acerca da necessidade de se ter por base um orçamento que funcione como referência mestra no atendimento dos pleitos formulados. Sarlet (2010, p. 60) demonstra o alcance do instituto:

> Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição, direitos subjetivos, em primeira linha, dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado – como direito subjetivo exigível em Juízo – independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos. Diretamente vinculada à característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade de seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, encontrando-se, portanto, na dependência da real existência de meios para cumprir com sua obrigação.

Denota-se que o caráter de finitude dos recursos do Estado constitui limitador fático efetivo à concretização de direitos fundamentais a prestações, dentre eles o acesso à saúde. De acordo com o conceito de reserva do possível, a efetividade dos direitos fundamentais a prestações estaria diretamente subordinada à reserva constituída pelas capacidades financeiras do Estado, visto serem direitos que dependem do financiamento do erário público para serem realizadas.

A partir dessas considerações é possível fazer algumas análises. A primeira delas é a de que um Estado com limitação de recursos econômicos deve agir com proporcional responsabilidade quando das decisões acerca de sua destinação, o que nem sempre podemos constatar no cenário político brasileiro. Também é relevante mencionar que essas decisões acerca da aplicação dos recursos materiais disponíveis dependem em muito da situação socioeconômica vivenciada, o que faz com que as ações fiquem ao cargo de órgãos políticos, já que não há, na Carta Constitucional, regras para essa destinação.

Acerca da reserva do possível, Bornholdt (2005, p. 100-103) bem salienta:

> Não será tolerável a tentativa de limitação de um direito fundamental que se baseie em noções vagas, como a de leis gerais, ou da ordem jurídica, vista de modo holístico. Um tal critério não seria baseado em direito positivo, e nos colocaria novamente em face de uma tirania de valores. Ademais, seria certamente esquisito que fosse o legislador quem definisse a suposta ordem hierárquica da Constituição. [...] Nestes campos, não se pode permitir generalizações.

Portanto, percebe-se que a análise da aplicabilidade da reserva do possível não pode ser feita de forma superficial, adotando o conceito genericamente para todas as situações que se apresentarem perante o Poder Público. Torna-se imperioso o estabelecimento de critérios amadurecidos e aprofundados por parte da autoridade estatal competente para decidir sobre a prestação ou negativa do direito pleiteado, sob pena de se ver afastado o objetivo principal do Estado - a promoção do bem estar da coletividade. Para tanto, vale a lição de Sarlet (2010, p. 33):

> Assume relevo o princípio da proporcionalidade, que deverá residir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos) seja aos particulares de um modo geral. (...) A proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isso significa que os responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais de adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do direito restringido, mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

Não é outro o entendimento de Olsen ao tratar da proporcionalidade perante o confronto dos institutos da reserva do possível e do mínimo existencial. Segundo seu entendimento, uma prestação insuficiente por parte do Estado corresponderia a uma violação à Constituição. Para se mensurar a violação real, ou a atuação justificável constitucionalmente de uma restrição no âmbito normativo do direito que se busca, é necessário que se empreenda análise da legitimidade e da constitucionalidade material e formal da justificativa fornecida pelo Estado para a sua omissão (OLSEN, 2010).

Como a reserva do possível vinculada à noção de escassez de recursos corresponde a uma restrição extrajudicial aos direitos fundamentais sociais - diminui a responsabilidade estatal relacionada à obrigação contida nesses direitos, prejudicando as posições jurídicas que seus titulares possuem -, não estará sujeita ao controle de constitucionalidade formal, como a reserva de lei. Estará, entretanto, sujeita ao controle de legitimidade e constitucionalidade material, melhor dizendo, se o bem jurídico que a restrição visa proteger naquele fato concreto justifica a afetação desvantajosa do direito fundamental social.

Citada por Olsen (2010, p. 306), Ferrari confirma seu posicionamento:

> (...) no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana. Porém como observa Canotilho, mesmo o cidadão tendo um direito a prestações existenciais mínimas, não significa que reconhecer um direito seja sinônimo de impor ao poder público o modo de realizar esse direito, pois órgãos estatais dispõem de um espaço, indispensável, de discricionariedade, o que não quer dizer extensão absoluta, mas estar condicionado pelo que denominou de "determinantes condicionais heterônomas.

Assim, quando uma norma obriga ao Estado a certas prestações materiais, ela não pode determinar aquilo que se mostre de impossível realização. Sarmento aponta que a colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental, no entendimento de Leivas, é uma afirmação de que a análise dos direitos fundamentais deve ser realizada levando-se em consideração outros direitos fundamentais que aos primeiros se contrapõem (SARMENTO, 2008, p. 287). A colisão regular de princípios constitucionais que se confrontam com direitos fundamentais sociais, como por exemplo o de terceiro que invoca o amparo do Poder Judiciário para ver garantido seu direito e o princípio da Separação de Poderes, somente será alcançado através de ponderação e análise do caso concreto. A reserva do possível, dessarte, não significa a ineficácia ou a inaplicabilidade do direito fundamental, mas sim a necessidade

da aplicação de princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade sempre que houver um caso fático real para ser avaliado.

Contudo, ainda que os direitos de natureza prestacional sejam vinculados à existência de possibilidade material de sua realização, o direito ao mínimo existencial não pode ser atrelado a tal limite posto que a dignidade da pessoa humana exige, como prioridade da ação da Administração Pública, a garantia de condições necessárias para uma existência digna.

Os programas de ação são um dever da Administração Pública, pois constituem a forma mais adequada de atender aos direitos dos sujeitos que se encontram na posição positiva de vantagem no tocante ao direito prestacional à saúde.

Segundo o entendimento de Queiroz, no cumprimento do dever de materialização dos direitos fundamentais sociais e no caso da prestação à saúde, vislumbra-se no campo administrativo uma limitação da liberdade discricionária de atuação do administrador. A Administração Pública não detém um campo de liberdades indeterminadas de atuação quanto à escolha de opções oportunas e convenientes, imune ao controle judicial, não podendo agir ou deixar de agir na realização desses direitos sob o amparo de um poder discricionário, diante da ausência de definição do conteúdo pelas normas que expressam os mencionados direitos. Sua ação discricionária deve ser a de buscar a melhor realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais (QUEIROZ, 2011, p. 132).

A questão da discricionariedade compreenderia o espaço encontrado pela Administração Pública no texto legal para determinar o objeto e o motivo do ato administrativo, levando em consideração os critérios de a oportunidade e conveniência. Entretanto, as escolhas adotadas somente terão conteúdo de legitimidade se alcançarem o interesse público, essência da própria finalidade da norma a ser interpretada discricionariamente.

Exercendo a discricionariedade, a Administração Pública deverá atentar-se à lei e ao interesse público que nela está contido, não encerrando, destarte, poder algum de livre escolha do motivo e do objeto não especificados expressamente pela lei, sendo assim um poder essencialmente vinculado à finalidade da norma. Segundo Queiroz (2011, p. 137):

> A vinculação da discricionariedade ao interesse público ganha um adensamento com a ideia de constitucionalização dos direitos, devendo a atuação da Administração Pública estar sempre voltada ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais, visto que as normas constitucionais estão no patamar máximo de todos ordenamento jurídico e que os direitos fundamentais, como fundamentais, todos eles, constituem-se em prioridades constitucionais. A Administração Pública, como Poder Público vinculado aos direitos fundamentais, não pode agir em desconformidade com suas indicações, exigindo sempre uma

> situação voltada à realização desses direitos. A discricionariedade é, pois, um exercício vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais.

O controle da atuação discricionária da Administração Pública deve ser realizado de maneira ampla porque grande é a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais. Entretanto, referido controle deverá se proceder somente no que diz respeito à discricionariedade administrativa. Se o poder discricionário é prerrogativa da Administração Pública de poder integrar a norma em aberto da forma mais eficaz possível, constitui um recurso hábil à efetivação da norma fundamental abstrata. Assim, segundo Maria do Socorro Azevedo Queiroz, as escolhas administrativas que atendam de forma satisfatória aos direitos fundamentais sociais prestacionais e aos mandamentos constitucionais não são passíveis de sindicância pelo Poder Judiciário, cabendo, entretanto, uma apreciação de seus limites nesse campo de proteção (QUEIROZ, 2011, p. 141).

A medida do controle judicial deve ser proporcional ao tamanho da vinculação existente. Se a Administração Pública está vinculada aos direitos fundamentais prestacionais pelas normas contidas na Constituição Federal o controle deverá ser total, mas a análise dos pressupostos de conveniência e oportunidade, subjetivos no ato discricionário, influenciarão em muito no resultado da verificação.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro vem adotando uma postura de reafirmação da vinculação da Administração Pública às normas relacionadas às prestações de saúde, limitando o poder discricionário e evitando que o mesmo seja confundido com poder absoluto de livre atuação, e assumindo o controle judicial de constitucionalidade destes atos do Poder Executivo. O STF tem decidido que a Administração Pública está vinculada à prioridade de realizar os direitos fundamentais, devendo observar essa vinculação no momento de elaboração de seu orçamento e aplicação de seus recursos. Percebe-se ainda a prevalência do entendimento segundo o qual, sempre que as condições mínimas de vida estiverem sendo colocadas em perigo e não houver ação governamental eficiente para debelar o risco, o Judiciário estaria legitimado a intervir. O Supremo Tribunal Federal vem trabalhando com o método de ponderação de bens, que reconhece o direito subjetivo a um mínimo existencial, vinculado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana (ESTEVES, 2007, p. 105).

8. CONCLUSÃO

O tratamento do direito à saúde no Brasil evoluiu gradativamente e teve seu ápice com a Constituição Federal de 1988, onde foi alçado à categoria de direito fundamental, sendo seu acesso garantido irrestrita e universalmente à todos que dele necessitem, sem qualquer distinção. Pode-se também verificar a responsabilidade que pesa sobre os ombros da Administração Pública em concretizar esse direito constitucionalmente expresso, visto caber ao Estado criar políticas de promoção, proteção, prevenção e recuperação da saúde, e, para tanto, há um orçamento previamente determinado.

Inobstante, é notório que mesmo se tomando por certa a grande evolução do tratamento à saúde que a Constituição de 1988 oferece, muitos são os interesses que terminam rejeitados pela Administração Pública. Isso ocorre em diversas situações e, não raras vezes, aquele que tem seu direito negado ou se sente lesado termina por requerer o amparo do Poder Judiciário na tentativa de ver corrigida a suposta injustiça que lhe foi imposta.

Assim é que se percebe o avolumado montante de ações em trâmite pelos tribunais pátrios, que ilustra o fenômeno crescente do ativismo judicial e a interveniência do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, avaliando a constitucionalidade de suas ações e decisões.

Sobressai-se de tal análise a dualidade entre "mínimo existencial" e "reserva do possível", conceitos francamente usados na defesa de um e outro posicionamento: para aqueles que defendem maior autonomia do Poder Executivo na prestação do direito à saúde e à sua negativa, o argumento é de que se deve respeitar um orçamento prévio e limitado, sem o que se coloca em risco toda a segurança das relações, políticas públicas e demais necessidades prioritárias do interesse público.

Em contrapartida, para os que acreditam dever a dignidade da pessoa humana ser o princípio a nortear todos os demais, e que o direito fundamental deve ser prioritário e prevalecer sobre qualquer outra atuação da Administração Pública, o conceito de mínimo existencial é basilar, funcionando como uma garantia muito maior que simplesmente o mínimo necessário à existência ou à sobrevivência, mas sim um conjunto de direitos que garanta também a dignidade desta existência.

Isto posto, diante de todas as assertivas que compõem o presente estudo, a utilização do princípio da proporcionalidade ocorre como sendo o grande trunfo dos aplicadores do Direito. Somente aplicando-se tal princípio ao caso concreto, somente avaliando-se a situação fática pela ótica proporcional é que se poderá alcançar um resultado justo, equânime e que

realmente seja o espelho do que almeja o interesse público. A atuação da Administração Pública deve ser pautada pela busca incessante do atendimento satisfatório aos anseios dos membros de sua comunidade, e garantir a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente expressos, como o direito à saúde é, sem qualquer dúvida, parte de extrema relevância de sua atividade em nome do interesse público.

Aliar a responsabilidade com os recursos públicos à prioridade de se garantir a satisfação dos direitos considerados como fundamentais à dignidade humana, valendo-se para tanto do filtro da proporcionalidade para avaliar o caso concreto, tem sido a vertente adotada pelo Poder Judiciário brasileiro nos casos em que a Administração Pública não consegue alcançar o real interesse da sociedade.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALEMANHA. Constituição. **Constituição da República Federal da Alemanha.** Berlim, 1949. Disponível em <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html>. Acesso em 11 mar. 2013.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19512>. Acesso em: 18 mar. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2º ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade.** Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Prefácio à obra "Interesses Públicos x Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do conflito entre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6º ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ESCOLA, Hector. **El Interés Público como fundametno Del Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTEVES. João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Método, 2007.

FERREIRA SANTOS, Gustavo. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais.** Curitiba: Juruá. 2011.

FREITAS, Juarez. **O Conteúdo dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOIABEIRA ROSA, Luiz Carlos; VIEIRA ROSA, Fernanda da Silva. Diálogo das Fontes: a saúde enquanto direito fundamental e o dano psíquico puro. In MOTTA, Maria Carolina Carvalho (org.); PALUMA, Thiago (org.). **Temas de Direito Constitucional.** Curitiba: Íthala, 2012, p. 131-150.

JÚNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **O ativismo do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema6/2011_10734_1.pdf>. Acesso em 18 mar. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais** Revista Negócios Públicos, São Paulo, Ano II, n. 6, p. 39-41, 2005.

LEAL. Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Volume 7.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6º ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2009.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais. A Efetividade pela interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira.** Curitiba: Juruá. 2011.

SANTOS, Lenir (org.). **Direito à Saúde no Brasil.** Campinas: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel et al.**Interesses Públicos x Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007.

SOUZA NETO, Cláudio pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org,). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juriz, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.