

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

JÉSSICA DE CARVALHO MOURA

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL

SOUSA/PB

2016

JÉSSICA DE CARVALHO MOURA

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Doutorando Alexandre da Silva Oliveira

SOUSA/PB

2016

JÉSSICA DE CARVALHO MOURA

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO
MÍNIMO EXISTENCIAL

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutorando Alexandre da Silva Oliveira
Professor Orientador

Prof. Examinador (UFCG)

Prof. Examinador (UFCG)

Aos meus pais, Avelar e Josilene, por sempre lutarem para me dar o melhor, especialmente em relação aos estudos; à titia Maria da Paz, por dedicar-se tanto quanto meus pais na minha educação e estar conosco nessa jornada desde que eu nasci; ao meu irmão Rafael por ser o melhor presente que ganhei de Deus e pela sua jornada no mundo jurídico que está apenas iniciando.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, meu melhor amigo, meu pai eterno que está comigo em todos os momentos. Toda honra e toda glória agora e para sempre! Se não fosse por Ele, eu não teria chegado até aqui.

Agradeço, também, aos meus amados pais, Avelar e Josilene, por todo amor, educação, paciência e valores que me foram passados. Vocês são um grande exemplo para mim! Espero poder retribuir tudo que vocês fizeram por mim.

Agradeço a minha tia Paizinha, por sentir um amor infinito por mim e meu irmão, por nos educar tão bem quanto nossos pais, por torcer tanto por nossas vitórias, pelas preocupações estendidas a todos nós.

Agradeço ao meu irmão Rafinha, por ser uma das pessoas que mais acredita em mim, pela confiança, por ser meu melhor amigo, confidente, pelo amor puro que me presenteia diariamente.

Agradeço ao meu avô Valdemar – in memoriam – por ser uma pessoa que tanto amamos, sempre presente em nossos corações e por eu ser a sua primeira neta a concluir um curso superior. Tenho a certeza que de onde ele estiver, estará orgulhoso dessa vitória.

Agradeço ao meu noivo Leonilson, por caminhar ao meu lado durante os bons e maus momentos, por me acompanhar nesse “percurso” de estudos desde quando eu não tinha noção de que seguiria pela área jurídica e por todo amor dedicado a mim.

Agradeço a tia Aldenôra, por todos os cuidados e pela educação que ela deu a minha mãe, que se tornou uma adulta digna e honesta. Obrigada pela dedicação e amor a todos nós.

Agradeço aos demais familiares que, direta ou indiretamente, ajudaram na concretização deste sonho. Obrigada pelo carinho!

Agradeço a minha grande amiga Andressa Marques, por todo amor, carinho, torcida, companheirismo, convivência e sinceridade presenteados a mim da forma mais pura e nobre; agradeço ao meu amigo Cícero Oberdan por toda amizade, carinho, ajuda, conselhos e aprendizado jurídico dados a mim; aos demais amigos da AGU-PFE de Sousa-PB, por me proporcionarem os dois melhores anos de universidade, tanto no quesito aumento de conhecimento jurídico como na felicidade

de ter a amizade e o carinho de vocês, especialmente a: Márcio, Walter, Pedro Matheus, Samya, Rayane, Leandro, Jéssica Pereira, Irlania, Alex e Beatriz.

Agradeço as migonildas, por serem minha família em Sousa, por caminharem ao meu lado durante 5 anos e 6 meses, por estarem presentes mais que ninguém durante essa jornada. Tenho certeza que se vocês não existissem, tudo teria sido muito mais difícil. Obrigada por tudo! Sei que o sucesso de vocês é questão de tempo. Com vocês, eu muito cresci. Especialmente a: Micaella, Priscila, Flávia, Ingredhy, Jaqueline e Isabelle.

Agradeço também a minha amiga Maynara, pela sinceridade, prestatividade e carinho ao longo da vida sousense.

Agradeço a minha melhor amiga Ana Clara por todo carinho, sinceridade, companheirismo e pelo conselho para eu fazer o vestibular da UFCG; agradeço aos demais amigos de Picos, especialmente a: Raí, Brena, Edvaldo – in memoriam -, Débora, Géssica Kelly, Emanuely, Andresa, Tayse, Martinha, Marina, Mayara, Gianini e Narinha.

Por fim, agradeço a meu orientador, Alexandre, pelas correções, conselhos, ensinamentos e valiosos préstimos na orientação da realização desse Trabalho. Obrigada por ser mais que um excelente professor... obrigada por ser um grande amigo!

A todos, enfim, meu **MUITO OBRIGADA!**

“Os quais pela fé venceram reinos,
praticaram a justiça, alcançaram
promessas, fecharam as bocas dos leões”

(Hebreus: 11, 33)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade principal o estudo da judicialização do direito à saúde, em que sua problemática trata-se de argumentações que tentam vedar a sua ocorrência, especialmente quando analisado em face do princípio da separação dos poderes ou da teoria da reserva do possível. Utilizando-se como método de abordagem o dedutivo, e como métodos de procedimentos o observacional e o histórico, ao analisar a judicialização do direito à saúde é essencial compreender a relação direta que este tema possui, entre outros, com o princípio da dignidade da pessoa humana, com o direito à vida, com o direito ao mínimo existencial e com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Além disso, para o referido trabalho usa-se como técnica de pesquisa a bibliográfica, utilizando-se de vasto material doutrinário, legal e jurisprudencial. Nesse sentido, este trabalho objetiva estudar que a judicialização das políticas públicas ultrapassa as hipóteses de verificação de sua constitucionalidade, notadamente por concretizar direitos e garantias fundamentais, além disso, o direito é dinâmico e constantemente precisa ser renovado para acompanhar as novas necessidades da sociedade. Entender que o “Poder” é uno e indivisível, sendo, tão somente, dividido em funções estatais distintas que terão funções típicas e atípicas com uma só finalidade: garantir que sejam efetivadas as normas feitas para o próprio homem. Sendo assim, o Judiciário, em sua atuação para fazer com que os direitos fundamentais sejam concretizados, não está saindo da esfera de sua competência, contrariamente, está atuando quando acionado para garantir que os direitos sejam fornecidos àqueles que estão necessitando de sua proteção. Os direitos fundamentais, especialmente os sociais, que necessitam de implementação pelo Poder Público, são o principal meio de consagração de uma vida digna, devendo ser efetivados pelo Estado da maneira mais eficiente possível. Por fim, chega-se à conclusão de que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes ou a teoria da reserva do possível sem uma fundamentação fática e jurídica que, de fato, justifique a não atuação do Estado nesse sentido, já que o direito à saúde, geralmente, possui urgência em sua consagração.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Mínimo Existencial. Princípio da dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to understand the legal basis of the right to health. The focus will be on the problem which occurs when patients' rights are not transparent, i.e. they are 'hidden'. In particular, I will consider this question in relation to the separation of powers or the theory of principle reservation. A deductive methodology was used to make observations based on an historical legalization of the right to health. It is essential to understand the direct relationship that this topic has to, among others, the principle of human dignity, the right to life, and the principle of the inapplicability of the reserve as possible. Literature contributing to this monograph includes doctoral theses, legal documents and case law around public policy. The work described in this monograph suggests that the right to health is dynamic and constantly needs to be renovated to keep up with the changing needs of society. Understand that the "Power" is one and indivisible, and, alone, divided into different state functions that have typical and atypical functions with a single purpose: To ensure that the rules take effect. Thus, the Judiciary in its operations is required to ensure that fundamental rights are realized. People are in need of this protection of fundamental social rights, thus require implementation by the government. Consecration of a dignified life must be effected by the State as efficiently as possible. Finally, one comes to the conclusion that there is no need to talk about the violation of the principle of separation of powers or the reservation of the theory of the possible without legal and factual grounds. This raises the question of why this is apparently not a matter for urgent state action.

Keywords: Legalization. Right to health. Existential minimum. principle of dignity of human person.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	12
2.1. Diferença entre Direitos e Garantias Fundamentais.....	12
2.2. Características dos Direitos Fundamentais	15
2.3. Dimensão subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais	18
2.4. Direito à vida	20
2.5. Os Direitos Fundamentais como meio de consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	23
3. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
3.1. As dimensões de Direitos Fundamentais	27
3.2. A aplicabilidade das normas de Direitos e Garantias Fundamentais	31
3.3. Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988	32
3.4. O direito à saúde	34
3.5. O Princípio da Vedação do Retrocesso.....	37
4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	40
4.1. A independência dos “Poderes”	40
4.2. O Controle Judicial em face da Administração Pública	42
4.3. A Reserva do Possível	46
4.4. O Mínimo Existencial.....	49
4.5. A judicialização do Direito à Saúde	52
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

Conforme o Estado vai se constituindo, com o passar do tempo, o homem evolui progressivamente e surge a necessidade de serem criados mecanismos que garantirão uma melhor organização de seu território político.

A partir da análise das conjunturas estatais, observa-se que não é possível que haja um Estado sem “Poder”. Por isso, a atual Carta Magna estabelece três poderes principais: Legislativo, Executivo e Judiciário, estabelecendo que são poderes harmônicos e independentes entre si, de acordo com o seu art. 2º.

Porém, apesar de cada um desses três “Poderes” possuir funções típicas e atípicas, é fato que o Poder é uno e indivisível, tratando-se, na verdade, de funções estatais que são os instrumentos concretizadores do desempenho do Poder Público.

No entanto, passou-se a perceber uma grande dificuldade de se garantir de forma eficaz a proteção devida aos cidadãos, entre outros motivos, por causa do grande crescimento de funções da máquina estatal, que, de acordo com sua evolução ao longo da história, adquiriu um caráter de “diálogo” com seus administrados, especialmente em um Estado Democrático.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, sem dúvidas, desde quando foi instituído, trouxe infinitas vantagens para aqueles que dele precisam. Nota-se que o Estado, tem procurado cada vez mais aperfeiçoar essa função estatal para garantir que seus jurisdicionados tenham seus direitos tutelados da melhor maneira possível.

O presente trabalho de conclusão de curso tem, como finalidade principal, analisar a possibilidade de haver a judicialização do direito à saúde como forma de garantir o mínimo existencial, examinando esta temática de acordo, principalmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida, amparados, ainda, na teoria da vedação do retrocesso e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Desta forma, o questionamento que se faz é se essa “transferência” para o Poder Judiciário de questões que caberiam aos demais órgãos estatais estaria de acordo com a Constituição Federal ou não, especialmente quando se faz uma análise sobre o princípio da separação dos poderes e a teoria da reserva do possível.

Fica claro que, não há como tribunais superiores e vários doutrinadores, ainda que de forma “tímida”, adotarem um posicionamento que irá de encontro com

as normas existentes, ainda mais se esta colocação está em conformidade com o próprio texto constitucional.

Nesse diapasão, no primeiro capítulo, serão feitas considerações sobre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, tecendo a diferença entre os direitos e garantias fundamentais, destacando a relevância do direito à vida. Além disso, serão apresentadas algumas características dos direitos fundamentais e sua importância, sem a pretensão de esgotar o tema. Também, será feita a distinção entre a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, finalizando com o propósito de demonstrar os direitos fundamentais como forma de consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo trata, preponderantemente, sobre os direitos sociais na Constituição Federal de 1988, fazendo uma abordagem da forma que eles se encontram inseridos nas dimensões de direitos fundamentais, dando relevância ao direito à saúde, demonstrando que a aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, sempre que possível, deve ser imediata, como o próprio Texto Maior assegura.

Por fim, o presente capítulo é concluído tratando sobre a teoria da vedação do retrocesso, demonstrando sua importância, especialmente em detrimento dos direitos e garantias fundamentais já “conquistados”.

O terceiro e último capítulo, será demonstrada a possibilidade de haver, de fato, a judicialização do direito à saúde como forma de garantir o mínimo existencial, sem que essa transferência de atuação que, em tese, seria de outros “Poderes” signifique a violação ao princípio da “separação de poderes”.

Com isso, será observado que haverá um controle judicial em face da administração pública, não deixando de ser demonstrado que, realmente, a teoria da reserva do possível se faz presente no trato da implementação de políticas públicas, porém, não deve ser usada de forma irresponsável como pretexto para o não cumprimento dos direitos fundamentais, principalmente aqueles direitos que irão garantir o mínimo existencial.

Trata-se de um trabalho monográfico que se faz com o auxílio de grande material doutrinário, legal e jurisprudencial, trazendo discussão atual, pertinente e essencial para a proteção, entre outros direitos fundamentais, do direito à vida digna e do direito à saúde, que são analisados de forma cautelosa ao longo de todo o trabalho.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Neste capítulo, será feita uma distinção entre os direitos e garantias fundamentais, apresentando, sem a pretensão de esgotar o tema, as principais características dos direitos fundamentais. Em seguida, será demonstrada a dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, abordando os mesmos como forma de consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, falando, também, sobre o direito à vida.

2.1. Diferença entre Direitos e Garantias Fundamentais

Como se sabe, o constitucionalismo passou por diversas fases até chegar ao seu atual aspecto. Inicialmente, quando surgiram as primeiras civilizações, os Estados e as leis que organizariam a vida em sociedade foram desenvolvendo-se.

Com isso, apareceram as necessidades de limitar o poder, e posteriormente de o Poder Público intervir para assegurar que os direitos fossem cumpridos e, por último, os mais variados direitos essenciais ou não para a humanidade passaram a ter proteção diferenciada nos diplomas legais em todos os Estados.

Para BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 55):

Em sentido lato, o constitucionalismo surge a partir do momento em que grupos sociais, racionalmente ou não, passam a contar com mecanismos de limitação do exercício do poder político. Nessa acepção ampla, configura-se independentemente da existência de normas escritas ou de desenvolvimento teórico.

A partir do constitucionalismo, percebe-se a importância dos instrumentos que fazem com que sua existência seja tão relevante, viabilizando a própria conservação do Estado. Esses instrumentos, ou seja, as normas protetoras de cada nação, podem vir em um texto escrito ou não.

O Brasil é um dos países que possui uma Constituição escrita e o ordenamento jurídico pátrio deve estar em consonância com o Texto Maior, pois trata-se de norma que é superior às demais legislações, ou seja, é através da Carta Magna que se originam todas as demais regras e princípios.

Nesse sentido, MASSON (2016, p. 1124):

Afinal, se a Carta Constitucional encontra-se em posição diferenciada no ordenamento (diga-se, superior), todas as demais normas lhe devem estrita observância e irrestrita obediência e precisam estar afinadas, em absoluto, com os seus preceitos, de modo que qualquer dissintonia possa ser detectada e solucionada em favor da Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada como uma constituição analítica pela doutrina majoritária. Essa categorização acontece porque a Carta de Outubro é bastante extensa, regulando uma infinidade de assuntos, não só a organização do Estado, mas uma série de diretrizes para proteger os mais variados direitos dos homens, podendo ser materialmente constitucionais ou não.

Esclarecedores são os ensinamentos de PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 21):

Constituição analítica (longa, larga, prolixa, extensa, ampla ou desenvolvida) é aquela de conteúdo extenso, que versa sobre matérias outras que não a organização básica do Estado, isto é, sobre assuntos alheios ao Direito Constitucional propriamente dito.

O constitucionalismo atual visa resguardar os direitos mais importantes, especialmente os que são mais essenciais para o ser humano. Tanto é assim que o Texto Maior, em seu título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Porém, esses direitos não estão previstos apenas nesta parte da Constituição Federal, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional e de outras normas.

Conforme BULOS (2015, p. 534):

Essa lista é exemplificativa. Não exaure o catálogo de direitos e garantias fundamentais, que demandam pesquisa na Carta de 1988, ultrapassando, inclusive, o âmbito do art. 5º, como decidiu o Supremo Tribunal Federal. [...] Assim, o elenco de incisos do art. 5º é exemplificativo, pois os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte (CF, art. 5º, § 2).

Como o poder constituinte originário não fez distinção entre as expressões “Direitos e Garantias” fundamentais, deve ser dada uma atenção para a diferença entre essas palavras, pois apesar de darem uma falsa aparência de sinonímia, trata-se de institutos que devem, no caso concreto, ter uma atenção redobrada do intérprete.

De acordo com LENZA (2015, p. 1145):

O art. 5º, como vimos, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais (Título II). Assim, apesar de referir-se, de modo expresso, apenas a direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais. Resta diferenciá-los. [...] Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.

A partir disso, nota-se que é perceptível e de extrema importância a diferenciação entre esses dois institutos, já que a partir dessa distinção restará claro ao operador jurídico o modo de interpretar e efetivar os direitos e garantias fundamentais. Para BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 626):

Segundo doutrina ainda majoritária no Brasil, as normas que cuidam dos direitos fundamentais podem ser formuladas de maneira (i) a simplesmente enunciar os próprios direitos fundamentais ou (ii) com a intenção de assegurar a defesa desses direitos fundamentais, impondo limites à atuação de quem deva observá-los. [...]. Assim, como duas faces da mesma moeda, surge a seguinte relação entre direito e garantia fundamentais: enquanto os “direitos” costumam ser estabelecidos por normas meramente enunciativas dos próprios direitos fundamentais, as “garantias” fundamentais são veiculadas por normas de proteção a esses “direitos”.

Apesar de ser relevante o conhecimento sobre a diferença entre os direitos e as garantias fundamentais, nem sempre sua distinção ocorrerá no caso concreto.

Conforme BULOS (2015, p. 533):

Mas há casos em que os direitos fundamentais interagem com os direitos institucionais, motivo pelo qual essa classificação não pode ser levada às suas últimas consequências no Brasil. Exemplo: o direito de

expressão (CF, art. 5º, IX) é indissociável da garantia de vedação à censura (CF, art. 220, § 2º).

Portanto, os próprios bens protegidos pela Carta Magna são os direitos fundamentais (informação, vida, entre outros) e a instrumentalização constitucional de proteção desses bens são as garantias (habeas data, por exemplo).

2.2. Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, por apresentarem inúmeras subdivisões didáticas, possuem diversas modalidades de caracterização. Esses direitos, que estão presentes nos mais diversificados ordenamentos jurídicos, consubstanciaram-se nos textos constitucionais em diferentes momentos históricos e por motivos diversos.

Nas palavras de BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 634):

Estejam ou não incluídos no texto de constituição rígida, os direitos fundamentais fazem parte da constituição em sentido material, pois o tema sempre ocupou preocupação central no constitucionalismo. Aliás, costuma-se dizer que uma constituição contemporânea não se considera completa sem alguma referência ao rol de direitos fundamentais.

Tarefa bastante difícil para os operadores do direito é a de chegar a um consenso sobre quais seriam, com exatidão, as características dos direitos fundamentais. Além disso, por ser o direito dinâmico e acompanhar a evolução social do homem, as modificações são constantes para abranger as necessidades humanas, que são sempre infinitas.

Nesse sentido, PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 101):

Enfim, deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo. Essa característica dos direitos fundamentais encontra-se expressa no § 2 do art. 5º da CF/88, nos termos seguintes: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Apesar dos obstáculos para a caracterização dos direitos fundamentais, a doutrina majoritária concorda em alguns pontos principais, como, por exemplo, que os direitos fundamentais possuem caráter universal. Segundo entendimento de MASSON (2016, p. 198):

Esta característica aponta a existência de um núcleo mínimo de direitos que deve estar presente em todo lugar e para todas as pessoas, independentemente da condição jurídica, ou do local onde se encontra o sujeito – porquanto a mera condição de ser humano é suficiente para a titularização.

Como para quase toda regra no direito existem exceções, não seria diferente com a característica da universalidade. Algumas vezes, pode levar a falsa ideia de absolutismo, o que não ocorre, já que não há direito absoluto. Assim, aduzem MENDES e BRANCO (2015, p. 143-144):

A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elemental direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Não há, portanto, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.

Outra característica dos direitos fundamentais é a historicidade, já que são direitos que acompanham as mudanças que ocorrem nas civilizações onde surgem conforme as necessidades humanas em determinado momento histórico. Nesse sentido são os ensinamentos de BULOS (2015, p. 534):

Derivaram de longa evolução, participando de um contexto histórico perfeitamente delimitado. Nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender das circunstâncias. Exemplo: direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII).

Os direitos fundamentais apresentam, também, como característica a de complementaridade, devendo ser interpretados de forma sistêmica, em conjunto, uma vez que, de acordo com LENZA (2015, p. 1146), “podem ser exercidos cumulativamente, quando, por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, ao mesmo tempo, emite uma opinião (direito de opinião).”.

São direitos caracterizados por sua inalienabilidade, pois não possuem caráter patrimonial, não podem ser transferidos, seus titulares não podem dispor desses direitos. É importante frisar que essa inalienabilidade deverá ser analisada no caso concreto, podendo sofrer restrições. Conforme MASSON (2016, p. 199):

Parece-nos que o correto é analisar a indisponibilidade perante cada situação, afinal, muito embora seja inaceitável a disposição irrevogável dos direitos fundamentais, em certas ocorrências fáticas nada impedirá que o exercício dos direitos seja restringido em prol de uma finalidade aceita ou tolerada pela ordem constitucional.

Segundo o que foi supracitado, os direitos fundamentais não possuem caráter patrimonial e, justamente por não possuírem essa finalidade, possuem como uma de suas características o fato de serem imprescritíveis. Os direitos personalíssimos (como são os direitos fundamentais), portanto, não prescrevem. Ocorre que, essa imprescritibilidade é relativa.

Nas palavras de BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 673):

Entretanto, a imprescritibilidade também não é absoluta. Quando se afirma que direitos fundamentais são imprescritíveis, pretende-se dizer que eles não se extinguem diante da simples inércia do respectivo titular. [...] Contudo, em relação a direitos fundamentais lesionados em concreto, pode haver prescrição da pretensão reparatória, regra geral, - ressalvadas as eventuais exceções expressas no sistema jurídico.

O Poder Público deve dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais, pautando sua atuação para a realização desses direitos, como assevera MASSON (2016, p. 200), “inclusive por meio da utilização de mecanismos coercitivos, se necessário for.”.

Uma das mais importantes características dos direitos fundamentais é a sua inviolabilidade, que possibilita que não haja o desrespeito desses direitos por nenhuma lei ou por atos de autoridades. Por isso ocupam posição de destaque na Constituição Federal de 1988, pois, de acordo com MORAES (2013 apud PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 101), a inviolabilidade trata da “impossibilidade de sua não observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas.”.

Característica notória dos direitos fundamentais é a relatividade, já que nenhum direito é absoluto, pois todos possuem sua importância e preponderância em cada caso concreto.

Os direitos fundamentais devem ser relativizados, com o devido cuidado, porque regulam as situações que necessitam de uma reflexão mais atenta, uma vez que tais direitos não podem ser excluídos. Ao contrário, precisam ser ponderados até se chegar à melhor decisão em sua aplicação prática.

De acordo com BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 673-674):

De longe, a mais importante das características dos direitos fundamentais é a relatividade. Segundo doutrina majoritária no Brasil, não há direitos fundamentais absolutos. [...] Todos eles encontram limites na necessidade de assegurar o exercício de outros direitos, sejam aqueles reconhecidos em favor da coletividade, sejam os da titularidade de indivíduos diversos, ou mesmo de algum outro direito que, pertencente ao mesmo titular, deva prevalecer em caso de colisão.

Como nenhum direito é preponderante, no plano abstrato, em face dos demais direitos, o exercício dos direitos fundamentais, durante suas aplicações práticas, deverá ser relativizado.

2.3. Dimensão subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, essenciais para a concretização de uma vida digna para seus destinatários, podem ser divididos em duas principais dimensões: objetiva e subjetiva.

A dimensão subjetiva, mesmo que a aplicabilidade das normas ocorra com mais intensidade ou não, originam direitos subjetivos que fazem surgir, para seus receptores, a prerrogativa de exigirem suas respectivas concretizações em face de quem tiver o dever de prestá-los.

Para PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 102):

A primeira dimensão é a subjetiva, relativa aos sujeitos da relação jurídica. Diz respeito aos direitos de proteção (negativos) e de

exigência de prestação (positivos) por parte do indivíduo em face do Poder Público.

Por isso, é possível perceber que através da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais fazem com que os seus titulares possam exigir do Estado a efetivação dos seus direitos tutelados.

De acordo com BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 668):

A perspectiva subjetiva diz respeito à característica de servirem os direitos constitucionais como fontes de direitos subjetivos a seus respectivos titulares. [...] Exemplo: o direito à liberdade de ir e vir implica ao respectivo titular a pretensão de exigir uma prestação negativa por parte do Estado e de terceiros, que não podem obstar a locomoção do particular, salvo nas hipóteses toleradas pelo ordenamento jurídico.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é aquela que forma a estruturação das normas em um Estado que é garantidor desses direitos, mesmo quando essa proteção for de encontro com vontades individuais de seus destinatários.

Assim explica MASSON (2016, p. 202):

Por outro lado, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. [...] Tal dimensão resulta da visão que se tem dos direitos fundamentais enquanto princípios basilares da ordem constitucional – princípios que funcionam como limites ao poder e, igualmente, diretrizes para a sua ação.

Portanto, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais trazem os valores basilares do povo, fazendo com que suas aplicações ocorram de forma a orientar os Poderes Públicos na melhor maneira de garantir que esses direitos sejam consagrados.

Conforme MENDES e BRANCO (2015, p. 167):

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Além disso, é através da dimensão objetiva que os direitos fundamentais podem ser relativizados, desde que não haja o retrocesso ao *status quo ante* ou desde que esses direitos não sejam extirpados do ordenamento jurídico. Deve haver uma ponderação na aplicação dessas normas fundamentais.

Esclarecedoras são as lições de BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 668):

Sem entrar no mérito ou no âmbito filosófico das questões adiante, é sob a perspectiva objetiva que se defende a legitimidade do Estado para editar medidas que restrinjam ou limitem o conteúdo ou o alcance de certos direitos fundamentais, mas a pretexto de proteger os próprios titulares desses direitos, [...].

Por tudo que foi exposto, fica claro que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e partes essenciais, objetivamente falando, em um ordenamento jurídico de um Estado Democrático.

2.4. Direito à vida

Entre todos os direitos fundamentais existentes, sem dúvidas, o direito à vida é o mais importante bem jurídico protegido. Ora, as normas existem para regular a própria vida das pessoas, afinal não faria sentido existirem regras que cuidassem de tudo ao redor da vida humana, se a própria vida não fosse tutelada.

De acordo com MENDES e BRANCO (2015, p. 255):

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

A Constituição da República Federativa de 1988 traz esse direito ao longo de seu texto em suas diversas acepções, como direito de continuar vivo, direito de ter

uma vida digna, direito de ter uma vida em um meio ambiente adequado, direito de ter uma vida sem violações, direito de ter uma vida com privacidade, entre outros casos.

Nas palavras de BULOS (2015, p. 272):

Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

O Brasil traz em sua Carta Magna, como fundamento, a dignidade da pessoa humana, deixando a certeza de que se trata de ter uma vida digna, em que a Constituição deverá trazer mecanismos que garantam que esse direito seja concretizado da melhor maneira possível, pois em um Estado Social Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é diretriz de outros bens jurídicos protegidos.

Conforme MORAES (2015, p. 34):

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Apesar de tamanha importância, o direito à vida, como todos os outros, não é absoluto, encontrando exceções em alguns pontos polêmicos, como, por exemplo, quando o Texto Maior evidencia a proibição da pena de morte, ressalvando, no entanto, sua possibilidade em caso de guerra declarada, de acordo com o art. 84, XIX, da CRFB/88. Porém, não podem ser ampliadas as causas de pena de morte. Nesse ponto, elucidativas as palavras de LENZA (2015, p. 1154):

Também, entendemos que o poder constituinte originário não poderia ampliar as hipóteses de pena de morte (nem mesmo uma nova Constituição) tendo em vista o princípio da continuidade e proibição ao retrocesso. Isso quer dizer que os direitos fundamentais conquistados não podem retroceder. Afastamo-nos, portanto, da ideia de onipotência do poder constituinte.

Garantir o direito à vida é o que fundamenta toda a ordem jurídica, pois o próprio Estado tem sua origem através da organização das civilizações, que buscam, à medida que passam por constantes evoluções, viver da melhor maneira possível.

Tanto é assim que o direito à vida não é bem jurídico tutelado apenas no Brasil, mas internacionalmente também.

Assim explicam MENDES e BRANCO (2015, p. 255-256):

A centralidade para qualquer ordem jurídica do direito à vida é também ressaltada em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José -, de 1969, [...]. Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, [...] Nessa diretriz, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, [...].

Constata-se que o direito à vida, em uma dimensão subjetiva, traz para seus titulares a garantia de que seja consagrado da maneira mais eficaz e, em uma perspectiva objetiva, faz com que os Poderes Públicos tenham a obrigação de buscar mecanismos capazes de efetivá-lo plenamente.

Nas palavras de MENDES e BRANCO (2015, p. 255):

O preceito enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesma e com determinado grau de qualidade. Dada a capital importância desse direito e em reconhecimento de que deve ser protegido sobretudo nos casos em que o seu titular se acha mais vulnerável.

O direito à vida é o pilar de todos os demais direitos fundamentais. Sem ele, os demais direitos não teriam sentido, pois não existiriam motivos para buscar que os outros direitos fossem tutelados. Se não fosse dada a devida proteção a este bem jurídico, o próprio Direito não teria a devida importância na vida da sociedade.

Brilhantemente explana IHERING (2005, p. 26):

A conservação da existência é a suprema lei da criação animada, porquanto ela se manifesta instintivamente em todas as criaturas; porém, a vida material não constitui toda a vida do homem; este tem ainda de defender sua existência moral, que tem por condição necessária o direito: é, pois, a condição de tal existência que ele possui e defende com o direito.
[...].

Temos, pois, o dever de defender nosso direito, porque nossa existência moral está direta e essencialmente ligada à sua conservação; desistir completamente da defesa, o que atualmente não é muito prático, porém que poderia ter lugar, equivaleria a um suicídio moral.

É indiscutível a aplicabilidade do direito à vida, que é o mais fundamental, entre a maioria dos direitos fundamentais assegurados ao homem. A proteção desse direito não cabe apenas ao Poder Público, mas a todos que também são destinatários principais desse importante bem jurídico: a sociedade em geral, inclusive os particulares. Porém, espera-se do Estado uma maior materialização, especialmente por ter uma grande margem de atuação no amparo ao direito à vida.

2.5. Os Direitos Fundamentais como meio de consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos que possuem um maior grau de relevância para a vida dos seus titulares, na maioria das vezes, necessitam ter uma força normativa que os deixem com caráter de superioridade em relação aos demais do ordenamento jurídico.

Esses direitos, classificados como direitos fundamentais, muitas vezes, são os responsáveis pelas constantes evoluções constitucionais, em que o constitucionalismo passa por várias adaptações com a finalidade de garantir uma melhor proteção para seus destinatários.

Nesse sentido, segundo MASSON (2016, p. 193):

Perceber que os valores mais caros à humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, bem como reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico, justifica a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais arquitetada nos moldes atuais.

É importante que sejam consagrados como direitos fundamentais, com maior carga valorativa perante os demais direitos, justamente por terem um caráter protetivo.

Por isso, não se limitam a poucos bens jurídicos tutelados, mas também não possuem o condão de normatizar todos os aspectos que sejam apenas formalmente constitucionais. Muito pelo contrário: abrangem um grande número de direitos essenciais para uma vida digna.

De acordo com ALEXY (2015, p. 450):

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. [...] Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Como já exposto, a vida é o bem jurídico mais importante entre todos os demais bens que são constitucionalmente protegidos, por ser ela pressuposto de existência e eficácia dos demais direitos e garantias fundamentais. O direito de ter uma vida digna, uma das dimensões do direito à vida, está diretamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme MASSON (2016, p. 229):

Nesse contexto, resguardar uma vida com dignidade é tarefa multifacetária, que exige que o Estado assegure ao indivíduo acesso a bens e utilidades necessárias para uma vida apropriada, forneça serviços essenciais (como o de educação, o de saúde, etc.), crie planos de governo que propiciem ao indivíduo exercer plenamente seus direitos (ao trabalho, à moradia, etc.) e suas liberdades, proíba qualquer tipo de tratamento desmerecedor, como a tortura [...], as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou as cruéis, [...].

Fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º, III, da CRFB/88, trata-se de norma que é consagrada através dos direitos e garantias fundamentais.

Nas palavras de LENZA (2015, p, 1507)

Dignidade da pessoa humana: regra matriz dos direitos fundamentais, tema aprofundado no capítulo 14 deste estudo e que pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos.

A vida humana, em especial uma vida com dignidade, é antecessora a qualquer espécie de normatização. Ora, uma das finalidades da existência do direito é proteger a vida das pessoas. Então, é justamente através do direito à vida que surgem as regras e princípios fundamentais que serão o meio de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim explicam PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 94):

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.

O próprio surgimento do constitucionalismo, dos primeiros direitos e garantias fundamentais, das mais antigas normas de proteção da vida humana, remonta às primeiras constatações pelo Poder Constituinte sobre a importância de garantir uma vida digna em todas as suas subdivisões.

MENDES e BRANCO (2015, p. 39), assim se manifestam:

Se a noção de que certas leis se distinguem das demais pelo seu objeto especial – a organização do próprio poder – pode retroagir a pensadores e práticas da Antiguidade, a ideia de Constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesa e Americana do século XVIII. É daí que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder, em favor das liberdades, num contexto de sentida necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana.

Alguns direitos trazem questões controvertidas que não foram normatizadas pelo legislador. Muitas vezes, por não serem da competência da ciência jurídica; outras, por ser impossível ao Poder Legislativo conseguir prever todas as colisões possíveis de ocorrerem entre os direitos fundamentais. Nestes e em outros casos, os princípios merecem destaque na resolução dessas questões, pois podem ser utilizados devido a sua força normativa.

Elucidativas são as palavras de BARROSO (2015, p. 285):

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. [...] Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais

ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.

Por isso, essas questões controvertidas e até mesmo as normas “postas”, quando estão em conflito, devem ser interpretadas de forma que sejam ponderadas e não excluídas, protegendo sempre a dignidade da pessoa humana, dando efetividade a este fundamento através dos direitos fundamentais.

3. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Neste capítulo, será feita uma análise dos direitos sociais na atual Constituição Federal de 1988, dando ênfase ao direito à saúde e fazendo um breve relato sobre como os direitos fundamentais desenvolveram-se ao longo da história. Posteriormente, será examinada a importância da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais e a teoria da vedação do retrocesso, para que não haja uma “perda” nos direitos já conquistados.

3.1. As dimensões de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais foram desenvolvendo-se gradualmente ao longo da história, ou seja, não “nasceram” de forma simultânea, nem surgiram de uma vez só. Com o surgimento das civilizações, que foram se organizando através de um conjunto de normas, estas foram “evoluindo”, onde começaram a ter a tutela que o Estado considerava necessária. Nota-se que, como o Direito é bastante dinâmico, foram “amadurecendo” de acordo com as mudanças que a sociedade passa constantemente.

MASSON (2016, p. 196), diz que:

O desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu em um mesmo e único momento histórico. De modo vagaroso, no transcorrer de uma evolução histórico-social, enquanto consequência das conquistas políticas angariadas, aos poucos, pelo homem, referidos direitos foram aparecendo e, gradativamente, disciplinados nos textos constitucionais.

Na medida que as civilizações começam a mudar, a evoluir, passam a surgir novas necessidades para o homem, novos anseios que demandam um novo “olhar” do Direito, que passa a tutelar novos embates sociais.

Alguns doutrinadores denominam como “gerações de direitos fundamentais. Porém, esta é uma corrente minoritária e recebe fortes críticas, pois os constitucionalistas dizem que o termo “gerações” traz o entendimento que uma

sucederia a outra no sentido que a posterior extinguiria a anterior. Com isso, a terminologia didática “dimensões de direitos fundamentais”, segundo doutrina majoritária, parece ter uma melhor significação para o que de fato representa, já que se trata de direitos fundamentais que foram gradativamente desenvolvendo-se e emparelhando-se.

Nesse sentido, BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 630):

A esquematização dos direitos fundamentais conforme “dimensões” é mais adequada, pois valoriza o aspecto histórico e contínuo da incorporação sucessiva de novos direitos, sem o risco de parecer que estes acarretam a superação dos anteriormente reconhecidos numa “geração” precedente.

Percebe-se, então, que é de suma importância o conhecimento das dimensões de direitos fundamentais para melhor compreender como ou em qual momento histórico esses direitos foram surgindo. Prova disso é que esse é um tema aceito pela doutrina e pela jurisprudência, como já admitiu o Supremo Tribunal Federal no MS 22.164/SP, em decisão do Relator Ministro Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

(STF, Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, I, de 17-11-1995, p. 39206).

Os lemas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), basicamente, são as marcas caracterizadoras da evolução histórica dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, respectivamente. Existem correntes doutrinárias que defendem, ainda, existirem a quarta e a quinta dimensões, mas não há consenso entre os estudiosos do Direito nesse sentido.

Os direitos de primeira dimensão são aqueles ligados aos direitos civis e políticos, protegendo direitos fundamentais conectados ao valor da liberdade. Surgiram no final do século XVIII e seu principal objetivo era a limitação do Poder Estatal em detrimento das liberdades individuais.

Nesse diapasão, MENDES e BRANCO (2015, p. 137):

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista.

Posteriormente, foram desenvolvendo-se os direitos de segunda dimensão, que são aqueles ligados aos direitos sociais, econômicos e culturais, relacionados ao princípio da igualdade. Surgiram com a irrelevância que era dada aos problemas sociais, fazendo com que o Estado novamente tivesse que intervir para a realização da Justiça Social.

As constituições dessa dimensão, por necessitarem da implementação de políticas públicas como, por exemplo, saúde, trabalho, previdência, entre outros, algumas vezes, tornaram-se normas programáticas, já que nem todas produzem seus efeitos com a promulgação da Constituição Federal.

Essas Constituições, de acordo com BONAVIDES (2010 apud LENZA, 2015, p. 1143):

Passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Os direitos de terceira dimensão, são contemporâneos ao momento em que os Estados desenvolvidos e subdesenvolvidos foram divididos, havendo um aumento nas diferenças entre as classes sociais. São direitos que possuem um enorme grau de abstração, uma universalidade, pois tratam dos direitos difusos e são ligados à fraternidade e a solidariedade.

Nas palavras de BOBBIO (2004, p. 05):

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Com o desenvolvimento do mundo globalizado, aparecem os direitos de quarta dimensão, já que os direitos não são estáticos e, por sua constante evolução, possuem a característica da dinamicidade para acompanhar as mudanças que a sociedade passa frequentemente.

Brilhantemente, ensina BULOS (2015, p. 530), que:

O tempo em que estamos vivendo revela alterações na vida e no comportamento dos homens. [...] Referimo-nos aos direitos fundamentais de quarta geração, relativos à saúde, informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética.

A quinta dimensão de direitos, traz como seu principal bem jurídico tutelado o direito à paz, sendo uma proteção que demanda uma maior normatividade das Constituições, já que a paz se faz necessária em todos os Estados para a convivência de toda coletividade.

Na atual constituição brasileira, a defesa da paz vem expressamente tutelada no art. 4º, VI, da CRFB/88, como forma de princípio que rege o Brasil em suas relações internacionais.

De forma resplandecente, sobre o direito à paz, BULOS (2015, p. 531), diz que:

Vale enfatizar que o enquadramento do direito à paz, enquanto direito componente da quinta geração das liberdades públicas, não é por capricho intelectual, mas por uma necessidade premente nos dias correntes. Tudo, absolutamente tudo, está conturbado. Vivemos a crise da crise. O caos, em todos os quadrantes da vida, tornou-se corriqueiro. As constituições são incapazes de regular os absurdos de todo jaez, que se sucedem todos os dias no mundo globalizado, onde as soberanias são relativizadas, as economias estouradas e os poderes do Estado manietados.

Por causa das características didáticas das divisões em dimensões de direitos fundamentais, nota-se que cada uma delas ocorreu em um determinado momento histórico, que pleiteava os direitos conforme os anseios do momento pelo qual passava a sociedade.

3.2. A aplicabilidade das normas de Direitos e Garantias Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais, regra geral, possuem aplicação imediata, pois seus efeitos são imediatos, a partir de quando foram promulgados pela constituição federal. Inclusive, esse é o exato conteúdo do art. 5º, § 1º, da CRFB/88, que diz: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Nesse sentido, SILVA (2006, p. 180):

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Como nenhuma regra é absoluta, apesar de expressamente previsto na Carta Magna que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, nem sempre é isso que ocorre. Essa regra sofre uma enorme relativização, como observa TAVARES (2012, p. 530):

A primeira leitura leva à conclusão de que esses direitos são, em sua totalidade, aplicáveis de imediato pelo operador do Direito. [...] Não há como pretender a aplicação imediata, irrestrita, em sua integralidade, de direitos não definidos de maneira adequada, cuja própria hipótese de incidência ou estrutura ficam claramente a depender de integração por meio de lei.

Exemplos de normas que não possuem aplicação imediata, são os direitos sociais, que, muitas vezes, dependem da intervenção do Poder Público para terem um funcionamento de forma eficaz, como o direito à saúde, à educação, ao lazer, entre outros.

Conforme BERNARDES E FERREIRA (2015, p. 637-638):

Já as normas desprovidas de aplicabilidade imediata, sobretudo as normas de direitos fundamentais de 2ª geração/dimensão (direitos sociais), como dependem da intermediação (especialmente da lei), são consideradas de eficácia limitada, incluindo tanto aquelas normas de direito fundamental programáticas (art. 6º, por exemplo) quanto as normas de princípio institutivo (v.g., incisos I, II, III e IV do art. 7º).

Por isso, fica claro que os direitos e garantias fundamentais, regra geral, possuem aplicação imediata, podendo haver direitos que terão sua aplicabilidade dependente de outros meios que irão permitir que esta ocorra de forma eficaz, como, por exemplo, através da complementação legislativa ou de atuações do Poder Público.

3.3. Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988

Os direitos sociais, como dito anteriormente, são aqueles direitos classificados como direitos de segunda dimensão, direitos que consagram o princípio da igualdade. ALEXY (2015, p. 450-451), insere esses direitos dentro do conceito de direito a proteção, explicando da seguinte maneira:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. [...] Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Esses direitos sociais, culturais e econômicos, especialmente os direitos sociais, “nasceram”, basicamente, nos Estados Sociais de Direito, onde a sociedade passou por uma crise com o liberalismo exacerbado, que terminou acarretando adversidades com fortes diferenças entre as classes sociais. Por isso, uma de suas principais finalidades é garantir a “justiça social.”

De acordo com MASSON (2016, p. 307):

Convém recordar que referidos direitos, enquanto prerrogativas constituídas na segunda dimensão dos direitos fundamentais, normalmente exigem prestações positivas do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social.

Os direitos sociais assegurados pelas constituições dos Estados Sociais de Direito, tiveram como fontes inspiradoras as Constituições de 1917 (México), a Constituição de Weimar em 1929 (Alemanha). No Brasil, um dos marcos e influências das constituições posteriores é a Constituição de 1934.

Então, os direitos sociais, especialmente no Texto Maior, são os direitos que necessitam de implementação pelos Poderes Públicos para que sejam efetivados, exigem ações prestacionais do Estado e da sociedade em geral.

SILVA (2006, p. 286), conceitua esses direitos da seguinte forma:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais.

A partir do momento que se entende que esses direitos são classificados como direitos de segunda dimensão, tendo como corolário o princípio da igualdade, percebe-se que estão em consonância com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insculpido no art. 3º, III, da CRFB/88, que diz: “erradicar a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

Ainda, MORAES (2015, p. 206), aduz que:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Os direitos fundamentais, como o próprio significado sugere, são aqueles direitos mais essenciais para que o homem possa ter uma vida digna. Por isso, esses direitos são constantemente modificados, para acompanhar as necessidades do ser

humano, que são infinitas. É a lógica da vida: as necessidades de cada tempo, são diferentes assim que a sociedade consegue resolvê-las. A necessidade do sujeito de direitos de ontem, não é a mesma de hoje, nem a mesma de amanhã.

Prova disso, é que o liberalismo nasceu para que o homem saísse das “amarras” do Poder Estatal; posteriormente, a liberdade exagerada deu ensejo para que os povos sentissem a necessidade da intervenção novamente e assim sucessivamente.

Conforme BARROSO (2015, p. 93):

Na linha do que foi exposto, o Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio.

Por isso, resta claro que os direitos sociais, protegidos na Carta de outubro, são direitos que possuem a principal finalidade, entre tantas outras, de garantir o mínimo existencial para seus titulares, dando o direito de seus destinatários demandarem em face do Estado para que este assegure que haja uma igualdade real entre os indivíduos nas suas condições mínimas de uma vida digna.

3.4. O direito à saúde

Como se sabe, o direito existe para regular a vida da sociedade. Cada ser humano, deixa de lado um pouco de sua “autonomia” para que um ente maior – leia-se o Estado – passe a resguardar todos os direitos individuais de forma que garanta uma convivência harmônica para toda a coletividade.

Nesse sentido, NADER (2015, p. 31), traz que:

O Direito não é o único instrumento responsável pela harmonia da vida social. A Moral, Religião e Regras de Trato Social são outros processos normativos que condicionam a vivência do homem na

sociedade. De todos, porém, o Direito é o que possui maior pretensão de efetividade, pois não se limita a descrever os modelos de conduta social, simplesmente sugerindo ou aconselhando. A coação [...] é um de seus elementos e inexistente nos setores da Moral, Regras de Trato Social e Religião.

O Direito deve ser uma forma de instrumentalização que irá garantir o bem-estar da humanidade e, a forma para que isso ocorra é garantindo o direito à vida, em suas duas principais acepções: como direito de continuar vivo e como direito de ter uma vida digna.

Um dos pilares para que o ser humano consagre essas duas acepções, é ter garantido seu direito à saúde. Ora, se o homem não possui a saúde, não está tendo uma vida digna e pode não continuar vivo.

Sobre o direito à saúde, CUNHA JÚNIOR e NOVELINO (2012, p. 914), dizem que:

Por sua íntima ligação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

Sendo o direito à saúde um dos direitos que irão garantir aos indivíduos suas condições mínimas de subsistência, este é um dos direitos fundamentais que possui, indubitavelmente, a maior universalidade possível. Prova disso, é o art. 196, caput, da CRFB/88, quando diz que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”.

O Poder Constituinte, como se pode observar, não fez restrição aos destinatários desse direito, ou seja, todas as pessoas que estejam no Brasil, nacionais ou estrangeiros devem ter o direito à saúde assegurado pelo Estado da melhor forma possível.

De acordo com TAVARES (2012, p. 854):

Realmente, o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ademais, deve preocupar-se igualmente com a prevenção de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (arts. 166 e 198, II).

O direito à saúde é mais que uma mera necessidade da coletividade; trata-se de um direito que é dever do Estado como instrumento garantidor das liberdades e igualdades públicas. Porém, apesar de ser dever do Estado garantir esse direito, os serviços de saúde são abertos a iniciativa privada, com a fiscalização do Estado.

Brilhantemente explica TORRES (2015, p. 41):

O setor de serviços não-exclusivos corresponde ao setor em que o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. Essas organizações públicas não possuem o poder de Estado, embora este exerça um papel de parceria, em função dos interesses fundamentais envolvidos pela prestação desses serviços, como educação e saúde.

Sobre o tratamento que o Poder Público deve dar aos destinatários do Direito à saúde, assim já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no RMS 24.197-PR, sob o Relator Ministro Luiz Fux, que vale a menção:

Cuida-se de saber se a pessoa portadora de doença crônica tem direito líquido e certo a obter do Estado, gratuitamente, medicamentos de alto custo, quando não atende requisitos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. [...] Assim, o Estado deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.

(RMS 24.197-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4/5/2010. Info, 433, STJ).

Em relação a característica do direito à saúde de ser efetivado através das implementações que devem ser consagradas pelo Poder Público, com suas políticas sociais e econômicas, LENZA (2015, p. 1281), ainda lembra sobre o duplo aspecto dos direitos sociais:

Como se sabe, a doutrina aponta a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou o particular devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social.

Por tudo isso, sabe-se que o homem deve ter seu direito à vida assegurado da forma mais eficaz que o Estado possa garantir. O próprio princípio da dignidade da

pessoa humana, um dos fundamentos da Carta Maior, faz com que haja uma exigência do Estado como garantidor desse do direito à saúde. Então, não há dúvidas que, para proteger o direito à vida, antes de mais nada, o direito à saúde será o instrumento que dará a maior efetividade para a proteção da própria vida digna.

3.5. O Princípio da Vedação do Retrocesso

Os direitos e garantias fundamentais, como antes exposto, são direitos que não surgiram de uma só vez, por isso os constitucionalistas os dividiram didaticamente em dimensões de direitos, porque foram surgindo e se desenvolvendo com o passar do tempo.

Por serem direitos que foram conquistados ao longo da jornada da humanidade, são aceitos pela maioria da doutrina como “dimensões” e não como “gerações” justamente porque o segundo termo dá uma falsa ideia de que ‘uma geração de direitos’ se sobreporia a anterior e, de fato, não é isso que acontece com os direitos e garantias fundamentais.

Quando surgem novos direitos, estes são acrescentados aos anteriores. E quando algum direito fundamental é retirado, geralmente surge um novo direito que irá ser tão eficaz quanto o anterior. Trata-se do princípio da vedação do retrocesso que, apesar de não estar expresso no texto constitucional, é amplamente acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente em relação aos direitos sociais.

MASSON (2016, p. 326), conceitua este princípio da seguinte forma:

Enquanto derivação da doutrina francesa do “*effet cliquet*”, apresenta-se, como importante tópico no estudo dos direitos sociais, a teoria da proibição ou vedação do retrocesso. Não expressa, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional, a teoria foi acolhida pelo constitucionalismo pátrio como princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.

Os direitos sociais, muitas vezes, por suas próprias características de direitos fundamentais de segunda dimensão, exigem implementações por parte do

Poder Público. Percebe-se, então, que o princípio da vedação do retrocesso encontra-se diretamente ligado ao princípio da segurança jurídica, pois onde o Estado atua para garantir que os direitos sociais sejam efetivados, não pode simplesmente deixar de concretizar esses direitos, porque levaria a uma grande instabilidade nas relações jurídicas.

Nas palavras de PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 265):

Com base no princípio da proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em parte essencial) um ou mais diplomas infraconstitucionais que já concretizaram, normativamente, um direito social constitucionalmente consagrado.

Não fosse esse princípio, algumas normas que necessitam de complementação, poderiam ser destituídas da eficácia e aplicabilidade que o Poder Constituinte quis dar aos direitos fundamentais, especificamente aos direitos sociais, tratando-se de princípio que visa proteger, segundo doutrina majoritária, o “núcleo essencial” desses direitos.

Ainda, de acordo com MENDES e BRANCO (2015, p. 644):

A aplicação da chamada proibição do retrocesso aos direitos sociais tem conquistado destaque nas Cortes Constitucionais, em especial em momentos de crise e durante a realização de políticas de austeridade. Trata-se de princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial.

O Poder Público e o Poder Legislativo, não podem restringir nem suprimir os direitos fundamentais e sociais já conquistados, já consagrados aos titulares desses direitos. Inclusive, o princípio da vedação do retrocesso é retirado, entre outros princípios constitucionais, nas palavras de CUNHA JÚNIOR e NOVELINO (2015, p. 168), “do princípio da dignidade da pessoa humana [...], do princípio da máxima efetividade [...] e do princípio do Estado democrático de direito [...]”.

Um exemplo atual de retrocesso é a “Proposta de Emenda Constitucional do Orçamento Impositivo”, transformada na Emenda Constitucional nº 86/2015, abordada, da seguinte maneira, por PINTO e SARLET (2015 apud LENZA, 2015, p. 1296):

Estabelece-se uma necessidade de se observar um gasto mínimo federal em saúde de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro [...], valor esse a ser cumprido progressivamente e de modo escalonado dentro de 5 anos da promulgação [...]. A proposta significa um claro retrocesso, já que os valores são menores do que os estabelecidos pela EC nº 29/2000, quando era aplicado o valor de 14% da receita corrente líquida federal, caracterizando, assim, uma inaceitável perda de 0,8%.

Por tudo isso, o retrocesso realmente deve ser vedado. Ora, os direitos sociais, os direitos e garantias fundamentais em geral, são “frutos” de verdadeiras “lutas” ao longo da história. Retroceder, como próprio nome transmite, é não avançar, é retornar ao estado anterior. O direito é dinâmico, ele evolui constantemente, garantindo os anseios dos povos ao longo da história.

Não seria coerente, quando ocorressem novos tipos de proteções, as anteriores serem “extintas” ou perderem a eficácia que tinham, por um novo direito que não possua a mesma ou maior efetividade. O retrocesso não é uma alternativa positiva. Os direitos devem avançar, as pessoas necessitam sempre das melhores tutelas, especialmente as que tragam uma qualidade de vida melhor.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Neste capítulo, será examinado o controle judicial em face da administração pública, fazendo uma análise sobre a independência dos “Poderes”, ressaltando as Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Por fim, será encerrado tratando sobre a judicialização do direito à saúde, direito este que deve ter uma especial proteção, já que faz parte dos direitos mínimos para a subsistência.

4.1. A independência dos “Poderes”

A Constituição Federal de 1988, traz logo no começo de seu texto, dentro do título I (Dos princípios fundamentais), o Legislativo, Executivo e o Judiciário como Poderes independentes e harmônicos entre si. O Brasil, como Estado Democrático de Direito utiliza o princípio da “separação dos poderes” para dar uma maior efetividade aos demais princípios constitucionais que emanam da CRFB/88, até mesmo pelo fato de não ser concebível um conceito de forma de Estado sem fazer uma análise dos “poderes” que fazem parte (ou não) do mesmo.

Conforme PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 291-292):

O conceito de forma de Estado está relacionado com o modo de exercício do poder político em função do território de um dado Estado. A existência (ou não) da repartição regional de poderes autônomos é, pois, o núcleo caracterizador do conceito de forma de Estado.

Apesar de existir esse princípio, é importante frisar que o Poder é uno e indivisível. Muitos doutrinadores, inclusive, criticam os termos “separação” e “tripartição” dos poderes, porque a existência dos três “poderes” é, na verdade, divisão de funções estatais, ou seja, o Estado exercendo o seu poder.

Brilhantemente explica BARBOSA (2003, p. 166):

É importante inclusive esclarecer aos leitores que a tríade funcional encontra-se culturalmente enraizada na teoria de Montesquieu que [...] é princípio vetor para quase todas as constituições contemporâneas.

Mas atentemos para o fato que a tríade funcional dos poderes [...] não foi idealização de homem racional, mas, sim, consequência de um processo histórico iniciado desde tempos medievais, tomando contornos mais definidos, já nos idos de 1689, na Inglaterra, através do Bill of Rights.

Essa divisão dos “Poderes” em três funções estatais, na verdade, trata-se de um mecanismo para garantir que haja uma maior independência entre eles, cada qual exercendo funções típicas e atípicas, de maneira que não ocorra a concentração dos Poderes em um só órgão.

BONAVIDES (2004, p. 555-556), traz que:

Não diminui provavelmente em razão da virtude que tem ele [...] de limitar e controlar poderes, refreando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade, é tão somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito.

O Poder Constituinte, ao trazer os “Poderes” de forma independente, quis dar a garantia que essas funções estatais iriam ter para concretizar os direitos e garantias fundamentais dos seus titulares, onde um “Poder” não irá se sobrepor ao outro, muito pelo contrário: essas funções estatais irão atuar de forma harmônica, exercendo controle e fiscalização reciprocamente, não havendo concentração de “Poder”.

De acordo com MORAES (2015, p. 426):

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A “independência dos Poderes” está no fato de que cada “Poder” possui funções típicas e atípicas, exercendo essas funções de forma independente. Porém, convém lembrar que essa independência não se dá de forma absoluta, pois se algum “Poder” for exercido de forma abusiva, haverá a intervenção dos demais.

PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 445), dizem que:

Assim, o motivo precípua para a superação da rigidez da separação de poderes foi a necessidade de impedir que os órgãos respectivos se tornassem tão independentes que, arbitrariamente, se afastassem da vontade política central, da unidade política. [...] Com isso, eles passaram a desempenhar não só as suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros poderes.

As funções típicas dos “Poderes” Judiciário, Legislativo e Executivo são, respectivamente julgar, legislar e executar. As funções atípicas são: do Poder Judiciário legislar e administrar; do Poder Legislativo administrar e julgar; do Poder Executivo julgar e legislar.

Brilhantemente, MASSON (2016, p. 649), traz que:

Tendo isso em conta, a tripartição de Poderes no sistema jurídico pátrio é, hodiernamente, consagrada por normatividade constitucional (art. 2º, CF/88), devendo ser lida de forma mais elástica, pois, como se sabe, o poder constituinte originário outorgou a cada um dos órgãos estatais competências que se traduzem em funções tradicionais (típicas ou predominantes) e atípicas (secundárias).

Por isso, a independência dos “Poderes” deve existir não só porque expressamente prevista no art. 2º do Texto Maior, mas porque essas funções estatais são, também, instrumentos de concretização dos direitos e garantias fundamentais, devendo atuar de forma que possam dar a devida efetividade prevista constitucionalmente aos mencionados direitos. Além disso, o próprio texto constitucional, ao longo dos seus dispositivos, faz com que essa independência ocorra, através das garantias que dá especificamente a cada “Poder”.

4.2. O Controle Judicial em face da Administração Pública

Conforme já exposto em momento anterior, não há como ter uma concepção de Estado sem “poder”, sem normas que regulem a vida da sociedade. Por causa desses e outros motivos relevantes, foram criados os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um exercendo funções típicas e atípicas.

Em anterior momento histórico, a separação dos Poderes era executada de forma absoluta. Porém, com a modernidade, tornou-se algo relativizado, porque, de acordo com LENZA (2015, p. 589), “diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles.”.

Na realidade, os “Poderes” são as funções que são desenvolvidas em um Estado através de seus diversos órgãos. Por este motivo que o Poder é uno, indivisível e indelegável.

De acordo com os ensinamentos de PAULO e ALENXADRINO (2015, p. 447-448):

Por fim, anotamos que a expressão “separação de poderes” tem sido frequentemente criticada, com base na ideia de que o poder do Estado é sempre uno e indivisível, qualquer que seja a forma de sua manifestação, isto é, o poder não se triparte. Poderá, apenas, manifestar-se por meio de diferentes órgãos, que exercem funções estatais. [...] Nessa linha, o que tradicionalmente se denomina “separação de poderes” representa, na realidade, a distribuição de certas funções a diferentes órgãos do Estado, ou seja, a “divisão de funções estatais.”.

Os “Poderes” exercem funções típicas e atípicas, entre outros motivos, para que não haja uma concentração de atribuições em um só órgão e, com isso, passe a existir um maior controle, com a fiscalização de cada “Poder” sobre os demais.

Neste panorama, o Poder Judiciário exerce função evidentemente destacada, pois esse é o “Poder” que irá “dizer o direito” no caso concreto; será o órgão responsável, primordialmente, para analisar a legalidade dos atos da função judiciária e das demais funções estatais.

Nas palavras de BULOS (2015, p. 1280):

O Judiciário, nos moldes do Texto de 1988, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas. Além de administrar a justiça, solucionando conflitos, o Poder Judiciário é, também, o oráculo da Constituição.

A Constituição Federal, ao prever em seu art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, trata de um comando que irá agir de forma preventiva ou repressiva, não se exigindo o esgotamento extrajudicial para ingressar na via judicial, sendo um verdadeiro controle judicial, uma norma que se dirige a todas as autoridades das demais funções estatais.

Nesse sentido, BALTAR NETO e TORRES (2015, p. 632), trazem que:

O controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Poder Judiciário. [...] todavia, o controle judicial não possui a amplitude do controle exercido pela própria administração, tendo em vista que exerce um controle sobre os atos da Administração, em relação, exclusivamente, à conformidade dos atos com as normas e os princípios de regência, não devendo haver substituição do mérito do administrador pelo do julgador.

O Direito não é estático, constantemente se adapta as mudanças da sociedade e, em regra, suas normas não possuem caráter absoluto. Antes, o Poder Judiciário não julgava o mérito dos atos administrativos, as questões de conveniência e oportunidade da administração pública não eram apreciadas pelo Poder Judiciário.

Ocorre que, esse é um entendimento que está sendo superado pela doutrina moderna e pela jurisprudência, já que, nas palavras de PRETA (2015, p. 234), “o crescimento das funções do Estado e das legislações fez com que a necessidade de um número maior de contrapesos fosse criado, como forma de manutenção da igualdade de forças entre os poderes.”.

Por essas e outras razões, cabe ao Poder Judiciário, algumas vezes, realizar um controle no próprio mérito dos atos da administração pública para que eles estejam adequados aos próprios fins que a administração se propõe, na conformidade com os princípios administrativos.

Conforme PRETA (2015, p. 225-226):

No ramo do Direito Processual, a doutrina desenvolveu teorias ampliativas dos poderes do magistrado. Essas teorias reconhecem o caráter publicista do processo, visto como um poder-dever do Estado de prestar o serviço público adequado [...] o princípio da separação dos poderes ainda é a razão de decidir em muitas lides que são postas em juízo, justamente pelo fato exposto de que ele ainda é a base do Estado Democrático de Direito, ainda que sem a mesma roupagem liberal clássica.

O controle judicial em face da administração pública para verificar se os atos administrativos estão sendo executados em conformidade com a constituição federal e as demais normas, inclusive, já foi julgado por alguns tribunais, como, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 628.159-MA, com Relatora a Ministra Rosa Weber:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

(STF. AgRg no RE 628.159-MA. Rel. Min. Rosa Weber. Info 715).

Como o Direito surge para regular a vida do homem, para garantir que seus direitos sejam concretizados, para assegurar que o ser humano possua uma vida digna, com o mínimo existencial, o controle judicial será instrumento essencial para garantir que os direitos e garantias fundamentais sejam efetivados.

Nesse diapasão, FILHO (2015, p. 1051):

A importância do controle judicial, convém que se diga, é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição. O Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado.

Por tudo o que foi exposto até aqui, é de extrema importância que exista um controle judicial em face da administração pública. Primeiramente, porque as funções estatais, em qualquer de suas esferas, podem cometer as mais variadas formas de ilegalidades, tanto é assim que o termo “independência de poderes” é aplicado de forma relativa. Em segundo lugar, porque o Poder Judiciário é o órgão mais adequado para garantir que os direitos e garantias fundamentais do homem sejam concretizados quando a administração pública é omissa ou não os concretiza da forma adequada.

4.3. A Reserva do Possível

Os direitos e garantias fundamentais são os direitos mais essenciais protegidos pelo legislador. Um dos motivos, nada mais é do que a importância de assegurar ao homem a proteção de sua vida de todas as maneiras possíveis, até pelo fato lógico de o ser humano só poder usufruir dos demais direitos, se estiver vivo.

Para ter uma vida digna, como já mostrado anteriormente, não basta “apenas” continuar vivo; outros direitos que se originam dos fundamentais, precisam ser tutelados também. Lembrando que, quando o Constituinte garante o direito à vida, sua outra principal acepção, além do direito de continuar vivo, é o direito de ter uma vida digna.

Assim explica NOVELINO (2009, p. 392):

A “inviolabilidade do direito à vida” não abrange toda e qualquer forma de existência, mas sim a vida humana, vida humana com dignidade! A importância axiológica e o fato de ser pressuposto de todos os demais direitos conferem-lhe um peso elevado na ponderação, mas não significam um caráter absoluto.

Muitas vezes, os direitos fundamentais podem ser garantidos nas próprias relações entre os particulares. Porém, há também uma variedade de direitos que são garantidos pelo Estado de forma direta ou indireta. Os direitos de segunda dimensão, como os direitos sociais, enquadram-se nesta categoria, já que precisam de implementações pelo Poder Público.

Conforme NOVELINO (2009, p. 481):

O atendimento aos direitos sociais exige prestações positivas dos poderes públicos, razão pela qual são denominados direitos de promoção ou direitos prestacionais. A implementação desses direitos é feita mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna. Os principais destinatários da proteção conferida por esses direitos são os hipossuficientes e os mais fragilizados.

O fato de o Estado ser o principal garantidor dos direitos sociais é até questão lógica, especialmente quando se analisa a própria máquina estatal que, de fato, deveria ser realmente a mais propícia para fazer com que os direitos dos

indivíduos saiam da abstração e virem realidade. O problema, no entanto, é quando fica claro que as necessidades humanas nunca acabarão e que os recursos para promover a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais são finitos.

Brilhantemente, traz VIEIRA (2015, p. 199):

Veja-se a árdua tarefa atribuída ao Estado que, pela generosidade do legislador, seria obrigado a entregar à população uma série de direitos que demandam as mais variadas condutas positivas, típicas de direitos fundamentais de segunda geração, obviamente dentro dos limites fixados pelo orçamento público. Como dar emprego a todos que estão desempregados? Como construir moradia para toda a população que necessita? Como alimentar a toda a população? Como transferir um tratamento de saúde específico a um paciente se há uma alternativa no Sistema Único de Saúde?

Para que o Estado efetive as políticas públicas que concretizarão os direitos fundamentais, precisarão utilizar os recursos públicos, uma vez que, estas despesas, devem estar em conformidade com o orçamento do país. Por causa disso, teoria da reserva do possível foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

MASSON (2016, p. 316), conceitua essa teoria da seguinte forma:

Esta seria uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das restrições orçamentárias que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas, quanto em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo.

É praticamente impossível para o Estado concretizar todas as situações que lhe são acionadas, primeiramente, porque, infelizmente, inúmeros são os casos fraudulentos, pessoas que não possuem o direito que buscam, atrapalhando o Estado de dar a proteção a quem realmente precisa (já que, como os recursos são finitos, primeiramente deveriam ser concretizados os direitos daqueles que mais estão necessitando).

Em segundo lugar, pela questão orçamentária, pelo dinheiro público ser “um só” para as mais diversas finalidades, não só para concretizar os direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, exemplificado com o direito fundamental social à saúde, AMADO (2015, p. 61), traz que:

Mas é certo que inexistem recursos públicos disponíveis para a adoção de todos os procedimentos desejados na área da saúde, devendo a Administração Pública mirar nas ações mais importantes, dentro da reserva do possível, razão pela qual, em regra, deverá ser denegado o tratamento público de saúde no exterior, salvo se inexistente o procedimento no Brasil, havendo comprovação científica da eficácia clínica fora do país.

A teoria da reserva do possível, traz as limitações do Estado, baseada, principalmente, nas premissas de limitações fáticas, jurídicas ou econômicas. Esses limites é que não permitem a plena prestação pelo Estado, na totalidade ou não, dos direitos fundamentais sociais.

A teoria da reserva do possível, porém, não pode ser utilizada como forma de escusa do Estado em suas obrigações constitucionais, até mesmo pela relevância que esses direitos apresentam para toda a sociedade. Se assim fosse, a própria Constituição Federal seria inteiramente um texto nominativo, não havendo coerência entre o que se propõe em seu texto constitucional e o que realmente acontece na realidade fática.

De acordo com PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 258-259):

Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso seja possível. É importante entender que esse princípio não significa “salvo conduto” para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que “não existem recursos suficientes.” A não efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a impossibilidade financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado.

Por isso, fica claro que é dever do Estado efetivar os direitos fundamentais, especialmente os de segunda dimensão, como os direitos sociais, da melhor maneira possível, até mesmo porque os direitos são criados para que as pessoas vivam de forma digna.

Porém, é preciso ter cautela ao fazer a análise de como o Estado irá assegurar essa proteção de forma eficaz, já que seus recursos são limitados diante de infinitas necessidades da sociedade e de um país que sofre com a hipertrofia demandista, não devendo o Estado fazer escusas genéricas para não garantir esses direitos de forma plena.

4.4. O Mínimo Existencial

Todos os direitos possuem sua importância em variados graus. Alguns possuem significado especial quando analisados em detrimento do momento histórico em que foram “criados”; outros possuem sua essencialidade de acordo com a relevância que possuem para a vida do homem.

Nessa sistemática estão inseridos os direitos e garantias fundamentais, recebendo do Poder Constituinte lugar de destaque na atual Constituição Federal. Esses direitos apresentam ênfase não só em nível nacional, pois são direitos que são conhecidos em outros ordenamentos jurídicos.

Conforme NOVELINO (2009, p. 360):

Os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), ao passo que os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com a ideologia e a mocidade do Estado.

Inclusive, existe corrente doutrinária que entende que os direitos fundamentais possuem dimensão maior que os próprios direitos humanos, demonstrando a importância que existe em dar destaque aos direitos fundamentais.

De acordo com SARLET (2015, p. 01):

Com isso já se percebe que os direitos fundamentais, considerados como tais aqueles consagrados nas ordens jurídicas constitucionais e dotados de um particular regime jurídico que é constitutivo da própria fundamentalidade, podem ter (e em muitos casos o têm) uma amplitude muito maior que a do universo dos direitos humanos, seja qual for o critério justificador de tal noção.

Os direitos fundamentais, como já abordado em outro momento, possuem como premissa, sem dúvidas, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que será o princípio matriz de todos os demais direitos fundamentais.

Baseado, fundamentalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, surge a Teoria do Mínimo Existencial, que é conceituada abrangendo os direitos mais

essenciais, aqueles que garantem as condições mínimas de sobrevivência e que devem ser protegidos de forma especial pelo Estado.

Nas palavras de BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 702):

Teoria a sustentar que todos têm o direito a receber do Estado proteção efetiva que garanta mínimas condições de dignidade de vida (direito ao mínimo de existência condigna). Também chamada de teoria do mínimo vital ou dos direitos fundamentais mínimos, tem por evidente fundamento o princípio da dignidade da pessoa. Foi primeiramente delineada na então Alemanha Ocidental, em meados do século XX, país onde o mínimo existencial passou a ser reconhecido pelo Tribunal Constitucional como direito fundamental de status constitucional.

A Teoria do mínimo existencial, especialmente em relação aos direitos de segunda dimensão (como os direitos sociais, por exemplo, que exigem prestações positivas por parte do Estado), tem a finalidade principal de fazer com que algumas normas, que poderiam ser classificadas como programáticas, passem a ter a efetividade plena, já que se tratam de direitos que são os mais essenciais para que o ser humano tenha suas condições mínimas de subsistência.

Nesse sentido, PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 259-260):

Corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, o postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue – nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros – o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Em relação a Teoria do Mínimo Existencial, não pode o Poder Judiciário passar a intervir e atuar substituindo as funções do Poder Executivo nem do Poder Legislativo, afinal, isso seria usurpar funções constitucionais que não lhe foram outorgadas. Porém, em caso de ilegalidade ou omissão, não resta dúvidas que o Poder Judiciário deve intervir para “dizer o direito” e dar plena efetividade desses direitos mínimos.

Brilhantemente explicam BERNARDES e FERREIRA (2015, p. 704):

Isso porque, independentemente da intermediação legislativa, defende-se que as prestações abrangidas pelo conceito de mínimo existencial tornam-se juridicamente exigíveis, inclusive pela via judicial. Nesse sentido, uma vez qualificado como integrante da constelação de direitos que fazem parte do “mínimo vital”, o direito fundamental renderá posições de vantagens “definitivas” a seus titulares, ainda que minimamente.

Inclusive, em relação a não violação do princípio da separação dos poderes quando o Poder Judiciário obriga a Administração Pública a garantir os direitos abrangidos pela Teoria do Mínimo Existencial, o Supremo Tribunal Federal, sob a RE 429.903/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, já decidiu que:

A Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento. Não há violação ao princípio da separação dos poderes no caso. Isso porque com essa decisão o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes. Assim, não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário.

(STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014. Info 752).

Como já relatado anteriormente, os recursos orçamentários são limitados em detrimento de infinitas necessidades humanas, então nem sempre será possível para o Estado garantir esses direitos, mesmo aqueles considerados mínimos para a sobrevivência. Porém, deve ser, de acordo com PAULO e ALEXANDRINO (2015, p. 260), “objetivamente demonstrado que inexistente disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual ou coletiva [...]”.

Por isso, o Estado - como principal garantidor dos direitos fundamentais, especialmente os sociais – deve sempre fazer o máximo possível para garantir os direitos mínimos existenciais, pois o ser humano necessita desses direitos, antes de qualquer outro, para ter uma vida digna.

4.5. A judicialização do Direito à Saúde

O direito à saúde, como já exposto, é um dos direitos mais importantes entre os direitos fundamentais, pois é através dele que poderá ser exercido o direito à vida e, conseqüentemente, o princípio da dignidade humana.

Sobre a importância do direito à saúde, brilhantes são as palavras de VIEIRA (2015, p. 200):

O direito à saúde, se não o mais sensível, é um dos mais sensíveis direitos do ordenamento jurídico pátrio. Sensível para a ciência jurídica, pois é gravitacional em relação ao direito à vida. Sensível para todo ser humano porque desperta paixões individuais. Afinal quem nunca esteve próximo de uma doença grave e não sofreu junto com ela?

É direito fundamental social de segunda dimensão, necessitando de prestações positivas por parte do Estado. Infelizmente, esse direito nem sempre é garantido da forma que deveria ser prestado, entre inúmeros motivos, principalmente por omissões ou por ações nem sempre concluídas de forma eficaz pelo Estado.

AMADO (2015, p. 59), traz que:

A saúde é certamente um dos direitos fundamentais mais difíceis de ser implementado com qualidade, justamente em razão dos seus altos custos de operacionalização. É tratada na Constituição de 1988, especialmente pelos artigos 196 a 200, com regulação dada pela Lei 8.080/90, sendo dever do Poder Público em todas as suas esferas prestá-la a todos os brasileiros, estrangeiros residentes e mesmo aos não residentes, havendo uma solidariedade entre todos os entes políticos.

Em relação a esse importante direito, surgem debates essenciais, como a questão da teoria da reserva do possível e a teoria do mínimo existencial. Essas duas teorias, ainda, dão ensejo ao que tem aparecido constantemente na doutrina moderna e nas jurisprudências dos tribunais: a judicialização das políticas públicas.

BARROSO (2015, p. 437), explica que:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de

poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Como se sabe, o direito à saúde faz parte desses direitos que demandam implementações de políticas públicas. Porém, infelizmente, o sistema de saúde, no Brasil, é caracterizado, na maioria das vezes, por ser um sistema cheio de falhas, que mais causam insegurança do que certezas no sentido de que o direito à saúde será garantido de forma plena para aqueles que dele necessitarem.

Além disso, é fato notório que o Brasil é um dos países que mais sofre com a hipertrofia judicial. A instância que deveria ser utilizada em último caso, muitas vezes, pelo total descaso do poder público com os seus administrados, é a primeira opção das pessoas que buscam uma vida com qualidade.

A partir do momento em que as demais funções estatais permanecem inertes em suas atuações determinadas pelo texto constitucional, é necessário que o Poder Judiciário, quando acionado, decida de forma que os direitos fundamentais sejam concretizados, mesmo que tratem-se de decisões que seriam da competência de outro “Poder”, pois, geralmente, estão em “xeque” direitos que são os mais essenciais para uma vida digna.

Nesse sentido, VIEIRA (2015, p. 205):

As teses fazendárias de separação de poderes e reserva do possível com objetivo de rechaçar a atuação do Poder Judiciário são incipientes e têm sido facilmente superadas, sob o fundamento de que estão em jogo direitos fundamentais.

A necessidade de ver o direito à saúde concretizado rapidamente, principalmente quando se faz urgente para garantir a própria vida, faz com que os destinatários dos direitos fundamentais busquem, individual ou coletivamente, o Poder Judiciário para que, de forma cogente, garanta que os entes federados consagrem de forma efetiva esse direito pilar para ter uma vida digna.

Assim são os ensinamentos de MASSON (2016, p. 322):

Quando a judicialização trata do direito à saúde, o assunto ganha ainda maior relevância e intensifica a polêmica, especialmente em razão da ineficiência do sistema público de saúde e da atuação marcadamente ineficiente das instâncias políticas tradicionais na condução de uma política de qualidade.

Sobre a judicialização das políticas públicas, o Superior Tribunal Federal, na RE 440.028/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, recentemente, já decidiu que:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

(STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013. Info. 726).

Recorrer ao Poder Judiciário para obter o direito à saúde de forma efetiva, sem dúvidas, é uma opção que garante uma maior segurança jurídica para os detentores desse direito, pois essa função estatal é, segundo MASSON (2016, p. 945), “um Poder cuja atuação está livre de intimidações e pressões externas, podendo ser prestada com a independência e desassombro que se almeja.”

O Poder Judiciário, ao “dizer o direito”, passa a consagrar os direitos fundamentais sociais de maneira cogente, fazendo com que esses direitos saiam do plano abstrato e passem a ser concretizados.

Os problemas começam a surgir quando se analisa a quantidade de demandas judiciais e a urgência que o direito à saúde traz em sua proteção. Quantidade pequena de servidores, o percurso processual da ação, órgãos judiciais sem estrutura mínima de funcionamento, entre outros motivos são alguns dos vários obstáculos para que os provimentos judiciais possam ser dados para os que necessitam com urgência do direito à saúde.

Ainda sobre a problemática da morosidade, MENDES e BRANCO (2015, p. 669), trazem que:

A ausência de articulação conjunta dos diversos interessados para obtenção de uma tutela na área de saúde é um dos principais obstáculos ao aumento das demandas coletivas nesse setor. Os demandantes acabam por planejar suas ações a curto prazo e pelo meio que parece mais ágil e fácil. Normalmente, o entendimento de determinados juízos, o que gera, inclusive, um direcionamento quanto ao modo de elaborar o pedido.

Por todo o exposto, é evidente que o Brasil ainda precisa melhorar em muitos aspectos na garantia do direito à saúde. O Poder Público deve buscar

constantemente o aperfeiçoamento de suas políticas públicas, especialmente aquelas que são os instrumentos concretizadores dos direitos fundamentais.

O direito à saúde, como direito base para garantir o direito a uma vida digna, deve ser garantido independente de qual função estatal for acionada, mesmo que seja preciso haver a judicialização desse direito. Aqueles que necessitarem ter sua saúde tutelada pelo Estado, por qualquer “Poder” que seja, não podem ser simplesmente “deixados de lado” quando mais precisarem de ajuda, quando buscarem um direito que está previsto na própria Constituição Federal como direito fundamental social, tamanha sua importância em relação aos demais direitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que os argumentos contrários à judicialização do direito à saúde são bastante frágeis quando analisados em detrimento do direito ao mínimo existencial. Por isso, é imprescindível fazer um pequeno retorno aos fatores decisivos deste trabalho monográfico, de forma mais instrutiva.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é classificada como uma constituição analítica, ou seja, tratou de normatizar uma extensão de direitos. O Poder Constituinte, ao elaborar o texto constitucional, fez um trabalho magnífico, pois a atual Carta Magna trata-se de um conjunto de normas que regula as mais variadas situações.

Não poderia deixar de ser assim, já que é da Carta de outubro que emanam as demais normas, ou seja, todas as normas devem estar em consonância com o texto constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais, considerados por alguns doutrinadores com dimensões maiores que os próprios direitos humanos, são as normas mais essenciais para a vida do homem. Neles estão inseridos os principais direitos debatidos neste trabalho: o direito à vida digna e, conseqüentemente, o direito à saúde.

É fato notório que estes são os direitos mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, afinal, deles demandam os demais. Não há como usufruir de nenhum outro direito se não houver saúde, se não existir vida. Porém, é preciso fazer uma análise no caso concreto para entender os reais motivos pelos quais eles nem sempre são concretizados da forma que deveriam ser.

As funções estatais, que foram instituídas pela própria Constituição Federal, possuem funções típicas e atípicas delineadas pelo próprio Poder Constituinte. Porém, os três “Poderes” devem servir, também, como sistema de “freios e contrapesos”, atuando em conjunto para que não haja abuso em suas atividades.

Nesse diapasão, o Poder Judiciário é de extrema importância para a concretização dos direitos do homem, realizando uma cidadania efetiva e inclusiva. Até mesmo pelo fato de ter como um dos seus princípios a inafastabilidade da

jurisdição, em que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito.

Dessa forma, quando ocorre a judicialização do direito à saúde, não é que o Poder Judiciário está usurpando as funções estatais dos demais órgãos ou atuando de forma abusiva.

Primeiro, porque o Judiciário caracteriza-se pelo princípio da inércia da jurisdição, ou seja, ele atua a partir do momento em que é acionado pelos jurisdicionados. Segundo, porque não é um “Poder” que está “criando” direitos, trata-se, na verdade, de um “Poder” que reconhece direitos, “dizendo o direito” de quem realmente tem e necessita de proteção. Segundo, porque se as demais funções estatais forem omissas ou atuarem de forma ilegal, é dever deste Poder fazer o controle judicial sobre aquelas.

Por fim, o direito à saúde é direito fundamental social de segunda dimensão, necessitando que haja implementação por parte do Poder Público para que seja efetivado. Nesse sentido, as prestações positivas do Estado para garantir que o direito à saúde seja concretizado da melhor forma possível encontra vários obstáculos, infelizmente.

Como se sabe, o Brasil possui um sistema de saúde com muitas falhas, os recursos orçamentários são finitos para inúmeras finalidades, uma fazenda pública combatida pelas fraudes dos administradores e dos administrados, entre outros motivos, tornam difícil a atuação do Poder Público para consagrar o direito à saúde.

A teoria da reserva do possível, não pode ser simplesmente “omitida”, pois, de fato, ela existe. Porém, também não pode ser utilizada de forma irresponsável para que a administração não cumpra com suas obrigações instituídas constitucionalmente. O que é de direito do ser humano, só não deve ser cumprido quando realmente for impossível, principalmente quando se tratar de direitos e garantias fundamentais.

Por isso, os direitos fundamentais, especialmente os direitos mais importantes de todo o ordenamento jurídico, como o direito à saúde e a vida, devem ser garantidos, seja por qual “Poder” for, especialmente pela delicadeza que esses direitos emanam. Dando ênfase ao direito à saúde, é senso comum que se trata de um direito que aflige o homem de forma bastante delicada, urgindo soluções rápidas para a sua resolução, notadamente, por fazer parte dos direitos que compõem o mínimo existencial para garantir ao cidadão uma vida digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Coleção sinopses para concursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito administrativo**. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Coleção sinopses para concursos*. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional tomo I**: Teoria da constituição. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Coleção sinopses para concursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____. **Direito constitucional tomo II**: Direito constitucional positivo. In: GARCIA, Leonardo de Medeiros (coord.). *Coleção sinopses para concursos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa Federal**. In: *Vade Mecum*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **RMS 24.197/PR**. Ministro Luiz Fux (Relator). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16825941/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24197-pr-2007-0112500-5/inteiro-teor-16825942>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **RE 440.028/SP**. Ministro Marco Aurélio (Relator). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707308/recurso-extraordinario-re-440028-sp-stf/inteiro-teor-112170333>>. Acesso em 19 de abr. de 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **MS 22.164/SP**. Ministro Celso de Mello (Relator). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **RE 628.159/MA**. Ministra Rosa Weber (Relatora). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953698/agreg-no-recurso-extraordinario-re-628159-ma-stf/inteiro-teor-111846929>>. Acesso em 21 de abr. de 2016.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **RE 429.903/RJ**. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232511/recurso-extraordinario-re-429903-rj-stf>>. Acesso em 20 de abr. de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Heloisa Buratti (trad.). São Paulo: Rideel, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 37. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PRETA, Igor Fortes Catta. **Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal: Limites da atuação jurisdicional sob a perspectiva da separação de poderes**. In: ROSSATO,

Luciano Alves (org.). Temas atuais da advocacia pública. Salvador: Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais:** Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil – a distinção necessária. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>>. Acesso em 24 de abr. de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Bruno Barrozo Herkenhoff. **O ônus da prova no tratamento alternativo fornecido pelo sistema único de saúde (SUS).** In: ROSSATO, Luciano Alves. (Org.). *Temas atuais da advocacia pública.* Salvador: Juspodivm, 2015.