

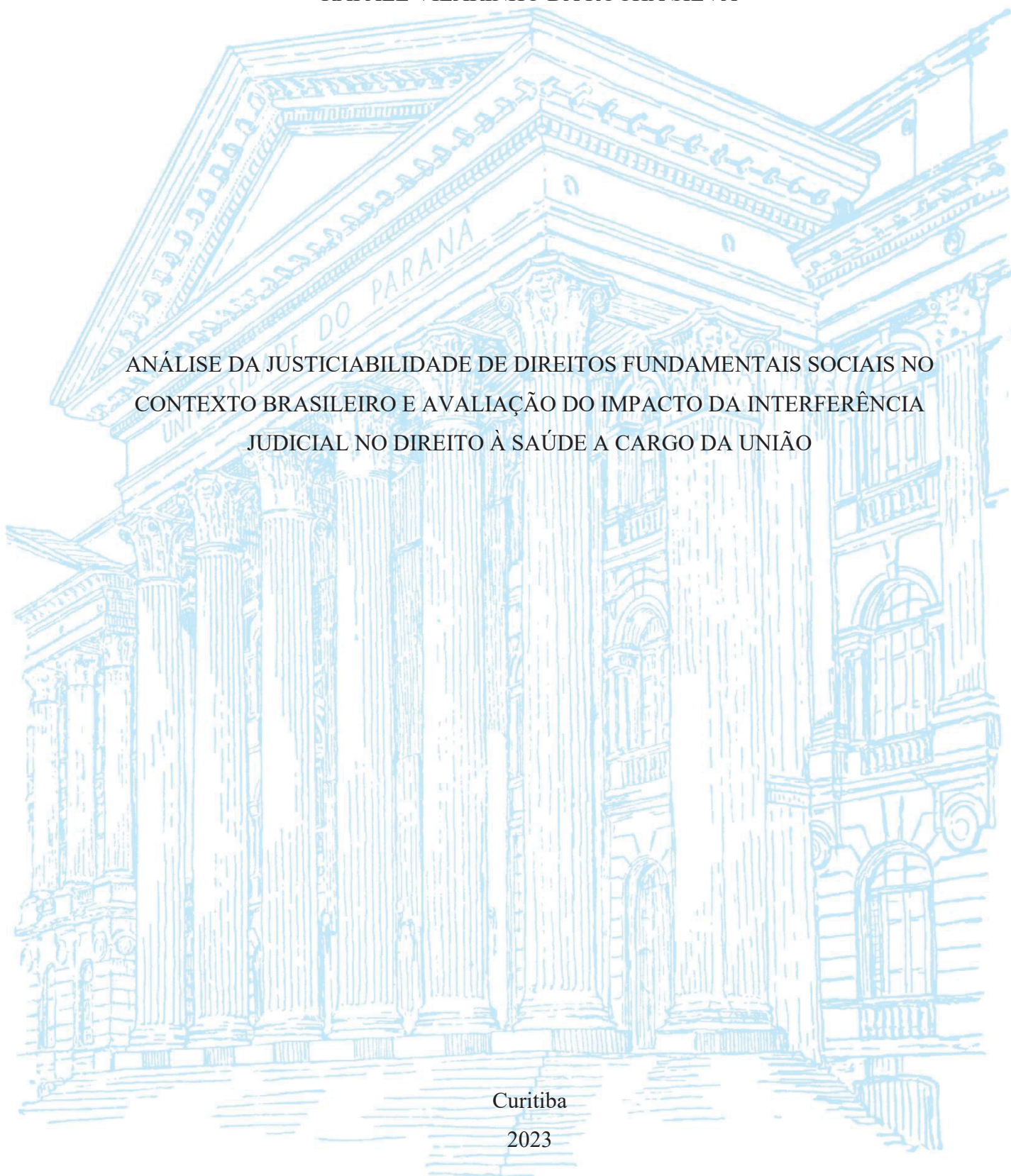
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL VILARINHO DA ROCHA SILVA

ANÁLISE DA JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO
CONTEXTO BRASILEIRO E AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA INTERFERÊNCIA
JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE A CARGO DA UNIÃO

Curitiba

2023



RAFAEL VILARINHO DA ROCHA SILVA

ANÁLISE DA JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO
CONTEXTO BRASILEIRO E AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA INTERFERÊNCIA
JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE A CARGO DA UNIÃO

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Benghi Del Claro

Curitiba

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Silva, Rafael Vilarinho da Rocha

Análise da justiciabilidade de direitos fundamentais sociais no contexto brasileiro e avaliação do impacto da interferência judicial no direito à saúde a cargo da União / Rafael Vilarinho da Rocha Silva. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Roberto Benghi Del Claro.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos sociais. 3. Mínimo existencial. 4. Princípio da reserva do possível. 5. Separação dos poderes. 6. Direito à saúde. I. Del Claro, Roberto. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº414

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia oito de dezembro de dois mil e vinte e três às 15:00 horas, na sala de Videoconferência - 311 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RAFAEL VILARINHO DA ROCHA SILVA**, intitulada: **ANÁLISE DA JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO E AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE A CARGO DA UNIÃO**, sob orientação do Prof. Dr. ROBERTO BENGHI DEL CLARO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ROBERTO BENGHI DEL CLARO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MARCELO MIGUEL CONRADO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ROBERTONIO SANTOS PESSOA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela **APROVAÇÃO**. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ROBERTO BENGHI DEL CLARO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: A banca, por unanimidade, conferiu um voto de louvor pela qualidade da dissertação.

CURITIBA, 08 de Dezembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

11/01/2024 16:12:47.0

ROBERTO BENGHI DEL CLARO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

19/12/2023 09:46:31.0

MARCELO MIGUEL CONRADO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

09/01/2024 16:02:17.0

ROBERTONIO SANTOS PESSOA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RAFAEL VILARINHO DA ROCHA SILVA** intitulada: **ANÁLISE DA JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO E AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL NO DIREITO À SAÚDE A CARGO DA UNIÃO**, sob orientação do Prof. Dr. ROBERTO BENGHI DEL CLARO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 08 de Dezembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

11/01/2024 16:12:47.0

ROBERTO BENGHI DEL CLARO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

19/12/2023 09:46:31.0

MARCELO MIGUEL CONRADO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

09/01/2024 16:02:17.0

ROBERTONIO SANTOS PESSOA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ)

LISTA DE TABELAS

- TABELA 1 – Número de processos novos cadastrados na Justiça Federal com assunto referente ao direito à saúde por ano (2014 / 2019)**
- TABELA 2 – Número de processos recebidos pela AGU em matéria de saúde por assunto cadastrado**
- TABELA 3 – Volume de despesas executadas na função saúde pela União constante do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI**
- TABELA 4 – Comparativo entre quadro geral de aquisições do Departamento de Logística em Saúde - DLOG do Ministério da Saúde com aquisições decorrentes de decisões judiciais por ano**
- TABELA 05 – Número de processos recebidos pela Advocacia Geral da União em demandas de saúde por assunto e por ano**
- TABELA 06 - Comparativo entre quadro geral de aquisições pelo DLOG do Ministério da Saúde e aquisições decorrentes de decisões judiciais por meio da separação em grupos**
- TABELA 07 - Comparativo entre quadro geral de aquisições pelo DLOG do Ministério da Saúde com aquisições decorrentes de decisões judiciais por meio do agrupamento em subgrupos**
- TABELA 08 – Número de itens adquiridos exclusivamente em decorrência de decisões judiciais**
- TABELA 09 - Composição dos itens adquiridos exclusivamente em decorrência de decisões judiciais**
- TABELA 10 – Comparativo de itens adquiridos apenas parcialmente por força de decisão judicial**
- TABELA 11 - Composição dos itens apenas parcialmente adquiridos por força de decisão judicial**
- TABELA 12 – Demonstrativo de itens com aquisição judicial em recorrência**
- TABELA 13 - Relação dos itens com maior número de aquisições decorrentes de ações judiciais**
- TABELA 14 – Relação de itens com maior valor total homologado referente a aquisições judiciais**

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ADCT - Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade,

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR - Agravo Regimental

AGU – Advocacia Geral da União

amp. – Ampliada

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

art. – Artigo

atual. – Atualizada

BVerGE - Bundesverfassungsgerichts

CATMAT - Catálogo de Materiais do Governo Federal

CF - Constituição Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

cód. - Código

Departamento de Logística em Saúde – DLOG

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

ed. – Edição

Fonajus - Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde

HC - Habeas Corpus

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LAI - Lei de Acesso à Informação

MC – Medida Cautelar

MI - Mandado de Injução

ME - Ministério da Economia

n.º – Número

NAT-JUS - Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (

Org. – Organização

p. – Página

PCDT - Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

QO – Questão de Ordem

Qtd. - Quantidade

RE - Recurso Extraordinário

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

RENASES - Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde

REsp - Recurso Especial

SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira

e-NatJus - Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas

SL – Suspensão de Liminar

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

v. – Volume

vlr. – Valor

RESUMO

A análise da justiciabilidade de direitos sociais encerra em si uma tensão ao postulado da separação dos poderes, uma vez que significa uma intervenção do poder judiciário na eleição de meios e formas de prestações positivas, os quais são naturalmente dependentes de planejamento executório, especialmente tendo em vista a sua dimensão economicamente relevante frente a um contexto de finitude de recursos. Muito embora desenvolva-se essencialmente em plano prático, a discussão tem raízes na íntima ligação dos direitos fundamentais ao constitucionalismo e ao Estado de Direito, uma vez que, situados como conquistas dos indivíduos em relação ao poder estatal, trazem consigo carga normativa relevante que tem, derivada da sua fundamentalidade, eficácia vinculante aos poderes constituídos. Entretanto, assumindo a natureza de princípios, a reflexão sobre seu conteúdo concreto não se constitui tarefa trivial, uma vez que esta dependerá ativamente da ponderação em cotejo com outros princípios e restrições concretas. Especialmente no que diz respeito aos direitos sociais, sua dimensão economicamente relevante desperta questionamentos concernentes à exigibilidade de prestações concretas de responsabilidade do Estado, quando verificados níveis insatisfatórios de concretização. A discussão ganha relevo a partir do confronto entre os institutos da reserva do possível e do mínimo existencial, cunhados originalmente pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, que servem de fundamentos para o debate acerca da justiciabilidade e exigibilidade de prestações materiais concernentes aos direitos sociais, amplamente utilizados pelo poder judiciário brasileiro. Fundamentada na necessidade de preservação de um núcleo essencial aos direitos fundamentais, sob pena de admitir-se o esvaziamento de seu conteúdo, passou a admitir-se a imposição de prestações materiais pelo Estado com fundamento direto na Constituição, o que impõe uma reflexão sobre os limites de tal intervenção que não poderá importar absoluta desconsideração das reservas de organização e planejamento deferidos aos demais poderes, tendo em vista a necessidade de preservação da separação dos poderes. Neste cenário, desponta com especial relevância o direito à saúde, previsto na Constituição brasileira com caráter de integralidade e universalidade, traços estes que o tornaram matéria de alta litigância, o que torna necessário a reflexão da justiciabilidade tanto sob o enfoque teórico, como com vistas à análise do impacto causado em decorrência da postura de eleição e determinação de prestações concretas em processos de caráter predominantemente individual. Isso posto, propõe-se analisar a possibilidade de intervenção do poder judiciário com vistas à fixação de prestações concretas em sede de direitos sociais a partir de pesquisa qualitativa, com suporte em fontes históricas, doutrinárias e legais, traçando-se os contornos de tal intervenção. Sob tais bases, analisar-se-á o caso específico do direito à saúde em processos motivados contra a União, por meio dos números de processos, decisões judiciais, características das prestações fornecidas em decorrência de decisões judiciais e o impacto decorrente, a fim de concluir se existe uma efetiva disfunção prestacional que justifique a intervenção judicial e se é possível se eleger um padrão decisório que justifique a intervenção excepcional do poder judiciário em deferência ao exercício das funções típicas dos demais poderes.

Palavras-chave: 1. Direitos fundamentais sociais. 2. Mínimo existencial. 3. Reserva do possível. 4. Divisão dos poderes. 5. Justiciabilidade.

ABSTRACT

The analysis of the justiciability of social rights contains within itself a tension with the postulate of separation of powers, since it means an intervention by the judiciary in the election of means and forms of positive benefits, which are naturally dependent on executive planning, especially taking into account given its economically relevant dimension in a context of finite resources. Even though it develops essentially on a practical level, the discussion has its roots in the intimate connection between fundamental rights and constitutionalism and the Rule of Law, since, situated as achievements of individuals in relation to state power, they bring with them a relevant normative burden that has, derived from its fundamentality, binding effectiveness to the constituted branches. However, assuming the nature of principles, the reflection about their concrete content is not a trivial task, since it will actively depend on consideration in comparison with other principles and concrete restrictions. Especially with regard to social rights, their economically relevant dimension raises questions regarding the enforceability of concrete services under the responsibility of the State, when unsatisfactory levels of implementation are found. The discussion gains importance from the confrontation between the institutes of the reserve of the possible and the existential minimum, originally coined by the German Federal Constitutional Court, which serve as foundations for the debate about the justiciability and enforceability of material benefits concerning social rights, widely used by the Brazilian judiciary. Based on the need to preserve an essential core of fundamental rights, under penalty of admitting the emptying of its content, the imposition of material benefits by the State with a direct basis in the Constitution began to be admitted, which imposes a reflection on the limits of such intervention that cannot result in absolute disregard for the organization and planning reserves granted to the other powers, given the need to preserve the separation of powers. In this scenario, emerges with special relevance the right to health, provided for in the Brazilian Constitution with a character of integrality and universality, traits that have made it a matter of high litigation, which makes it necessary to reflect on justiciability both from a theoretical perspective and with a view to the analysis of the impact caused as a result of the election stance and determination of concrete benefits in processes of a predominantly individual nature. Thus, it is proposed to analyze the possibility of intervention by the judiciary with a view to establishing concrete benefits in terms of social rights based on qualitative research, supported by historical, doctrinal and legal sources, outlining the contours of such intervention. On these bases, the specific case of the right to health in legal proceedings against the Union will be analyzed, through case numbers, court decisions, characteristics of the benefits provided as a result of court decisions and the resulting impact, in order to conclude whether there is an effective benefit dysfunction that justifies judicial intervention and whether it is possible to choose a decision-making standard that justifies the exceptional intervention of the judiciary in deference to the exercise of the typical functions of the other branches.

Keywords: 1. Fundamental social rights. 2. Existential minimum. 3. Reserve as much as possible. 4. Division of powers. 5. Justiciability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	TRAÇOS DISTINTIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE SUA FORMULAÇÃO	21
2.1	SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.2	DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.3	RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O TEXTO CONSTITUCIONAL	31
2.4	DIREITOS SOCIAIS E O DEBATE SOBRE A SUA FUNDAMENTALIDADE	35
3	JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	46
3.1	ESCOPO DA JUSTICIABILIDADE E RELAÇÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS	46
3.2	RESGATE HISTÓRICO DA SUA FORMULAÇÃO DOS CONCEITOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL	55
3.2.1	Nota metodológica sobre a “importação” de conceitos	55
3.2.2	Contexto social da implementação dos direitos fundamentais na Alemanha	57
3.2.3	Formulação da reserva do possível	62
3.2.4	Formulação inicial do mínimo existencial	65
3.3	DERIVAÇÃO DE EFEITOS CONCRETOS DOS DIREITOS SOCIAIS DIRETAMENTE DA CONSTITUIÇÃO E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	69
3.4	USO DOS INSTITUTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES ACERCA DE DIREITOS SOCIAIS	81
4	ANÁLISE DA JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL COM BASE NA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	90
4.1	O DIREITO À SAÚDE DISPOSTO CONSTITUCIONALMENTE	90
4.2	ANÁLISE DOS DADOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE CONTRA A UNIÃO E DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS	101
4.3	PARÂMETROS PARA A CONCESSÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E DEFERÊNCIA ENTRE OS PODERES	118
5	CONCLUSÃO	135
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138
	ANEXOS	144

1 INTRODUÇÃO

Ao escrever “A Era dos Direitos”, Norberto Bobbio elenca três premissas, sendo elas que “1. os direitos naturais são direitos históricos; 2. nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade; 3. tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico.”¹.

Comungando deste pensamento, entendo que falar de direitos fundamentais, em qualquer de seus desdobramentos, seja no plano formal, seja no plano material, deve partir de um resgate sobre traços distintivos basilares que são forjados em sua história evolutiva.

Isso porque os direitos fundamentais são conquistas dos cidadãos em determinado contexto, constituindo-se sempre em reflexos de reivindicações sociais deflagradas em reação a situação de violação ou ameaça a bem fundamental ao cidadão, sempre com íntima ligação aos valores da vida, liberdade, igualdade e solidariedade, ainda que em diferentes acepções, em um processo progressivamente construtivo.

Isso posto, as reflexões acerca dos direitos fundamentais devem ter como ponto de partida a historicidade destes para lhes entender a partir de um caráter progressivo, paulatino, contínuo e cumulativo, bem como reconhecer a assimilação destes a partir de mentalidades jurídicas contextualizadas, percebendo, conceituando, entendendo e aplicando o direito situado na história e no contexto, em consonância com pressupostos culturais próprios, ciente da “bagagem” de conteúdo que estes carregam.

A noção histórica, especialmente quando se leva em consideração contextos amplos e não necessariamente homogêneos, impõe reconhecer ainda a existência de rupturas e discontinuidades, de forma que nem tudo é desenvolvimento aprimorativo do que lhe é pretérito.

Tem-se, assim, a necessidade de compreensão dos direitos fundamentais a partir da factualidade própria do contexto em que se encontra inserido, rejeitando-se interpretações monistas acerca da produção do direito como um “absolutismo jurídico moderno”.

Assim, ressaltando tal caráter histórico e contínuo, é notório que se reconheça a existência de contribuições relevantes históricas que moldaram as bases sobre os quais se fundam os direitos fundamentais, de forma que estes não podem ser tidos como um fato, um dado, mas um processo, o que passa essencialmente pelo reconhecimento de que “a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo

¹ Bobbio, 2004, p. 7.

desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e dignidade humana”².

A crítica merece ser lida como a assunção de que a consolidação de direitos não se origina de um fato, mas de longos processos que foram enfrentados a tempo e modo distintos nas diferentes nações, o que embasa uma noção de variabilidade que deve permear a compreensão do tema desde a sua concepção.

A partir de um resgate histórico, percebe-se que a história dos direitos fundamentais está intrinsecamente relacionada como o surgimento do Estado constitucional, especialmente tendo em vista a sua conformação como direitos positivos de matriz constitucional, tendo sua raiz intimamente ligada ao movimento que visava a limitação dos poderes estatais, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana.

O ponto em comum é a identificação de origens para os direitos fundamentais a partir de documentos concessivos de liberdades que resultavam em progressiva limitação do poder e que germinavam a expansão para liberdades garantidas a todos.

Em verdade, a constituição de direitos fundamentais deve ser vista como uma das características ínsitas ao constitucionalismo, uma vez que este traz consigo tanto a necessidade de limitação do poder, como também a necessidade de proclamação de declarações de direitos, constituindo em si uma reverberação de faceta de racionalização e humanização do Estado que desenha, a partir da fórmula do Estado de Direito, a necessidade de organização de um aparato legitimado ao exercício do poder que respeite as liberdades individuais.

Igualmente é verdade que a exigência de supremacia e estabilidade das limitações impostas ao poder do governante por meio da positivação de direitos em carta de caráter constitucional, com eficácia sobre todos os poderes, revela que o reconhecimento dos direitos fundamentais se encontra intimamente ligada à criação do Estado de Direito.

Isso porque é a partir de uma nova visão do sujeito, dos direitos e da soberania que se desenvolve um “discurso da cidadania” que constitui condições para o surgimento do Estado de Direito, que apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do “direito”) no poder com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos que “se inscreve na exigência de pôr barreiras contra a força transbordante e tendencialmente incontrolável do poder”, emanando como “expressão da confiança que os

² Sarlet, 2021, p. 37.

indivíduos” capaz de “regular a energia desordenada e transbordante da soberania”³, o que revela que este surge a partir da ótica da relação entre Estado e indivíduo que introduz, a favor do sujeito, limitação jurídica do poder soberano⁴.

Assim, é possível assumir três características dos direitos fundamentais essenciais ao desenvolvimento do tema, especialmente com vistas à relação simbiótica destes com o constitucionalismo e com o Estado de Direito: primeiro, a noção destes como direitos positivados em cartas de cunho constitucional sobre o qual se baseiam a própria formação do Estado; segundo, a noção de vinculatividade destes em relação a todos os poderes constituídos e; terceiro, a percepção de que estes são constituídos segundo fatos históricos e concepções ideológicas tão variáveis quanto as diferentes formulações das constituições e dos modelos de Estado, nas diferentes nações, ainda que seja possível serem reconhecidos traços comuns, especialmente no que diz respeito à finalidade precípua de reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana.

Quanto nos voltamos especificamente para o debate sobre direitos econômicos e sociais, ditos de “segunda geração”, especialmente no que diz respeito à sua efetividade, tem-se que estes, ao demandarem prestações materiais e normativas que implementem o esforço organizacional necessário à sua efetivação concreta, tem contrapostos a si limitações fáticas especialmente⁵ de ordem orçamentárias.

Tais limitações são sintetizadas na cláusula da reserva do possível, instituto inspirado no direito alemão que se revela ativo a partir da preponderância de uma dimensão economicamente relevante dos direitos sociais em relação aos demais direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao condicionamento da exigibilidade de prestações positivas, em que a limitação dos recursos efetivamente constitui limite fático a efetivação desses direitos.

Isso porque a finitude de recursos orçamentários efetivamente constitui limite fático à concretização material desses direitos, tendo em vista que, em decorrência da preponderância de sua dimensão prestacional, estes dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que se localiza no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público e na fixação de meios adequados para a sua efetivação.

³ Costa, 2006, p. 96 e 99.

⁴ Pietro Costa dedica um capítulo intitulado “O Estado de Direito: uma introdução histórica” in ”COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-198, em que faz uma análise histórica crítica do surgimento do Estado de Direito nas diferentes nações.

⁵ Diz-se especialmente uma vez que tais limitações também podem consistir em ausência de densificação de conteúdos concretos ou de definição dos meios necessários à sua prestação efetiva.

Ainda que tais limitações sejam admitidas, a premente necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, a qual pressupõe a garantia de fruição de direitos fundamentais em nível que garanta o necessário a uma existência digna, tornou cogente a necessidade de proteção ao “mínimo existencial”, instituto também derivado da teoria alemã que se conforma como verdadeira garantia subjetiva individual de fundo constitucional de um padrão mínimo da satisfação das necessidades pessoais à consagração da vida.

Assim, a reflexão sobre a fundamentalidade de todos os direitos fundamentais constitucional consagrados, aí incluídos os direitos sociais, bem como a força normativa irradiante do próprio texto constitucional em relação ao Estado, por todos os seus poderes, instauram uma tensão acerca da exigibilidade de tais direitos que, uma vez não prestados em patamares satisfatórios, instauram a discussão sobre a justiciabilidade dos direitos sociais.

Nesse cenário, o texto constitucional passa a ser utilizado para fundamentar reclames judiciais a prestações positivas direcionados ao Estado fundados no mínimo existencial, este entendido como direito subjetivo ao mínimo para uma existência digna, aproximando-se a percepção deste como um núcleo essencial de direitos cuja exigibilidade judicial fundamenta-se diretamente no texto da Constituição.

Assim, com o propósito de garantir o necessário a uma existência digna, derivado de teoria de origem alemã, o direito passou a atuar intimamente com o propósito de dar efetividade ao mínimo existencial, conformando-se como verdadeira garantia de fundo constitucional de um padrão mínimo da satisfação das necessidades pessoais à consagração da vida, como emanção da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, ainda que rejeitada como fundamento genérico para a inércia do legislador e do administrador, a reserva do possível deve ser admitida como fator de ponderação a ser manejado adequadamente, tanto por parte dos poderes legislativo e executivo, no processo formulação dos meios necessários à concretização dos direitos sociais, como pelo poder judiciário, uma vez chamado a intervir, num autêntico exercício de deferência às competências constitucionalmente divididas e à necessidade de manutenção do equilíbrio.

Portanto, o debate sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, o conteúdo e alcance do mínimo existencial e a oponibilidade da reserva do possível às demandas que reclamam a sua concretização encerram em si uma tensão sobre a justiciabilidade e exigibilidade de prestações materiais diretamente decorrentes dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, que conferem ao núcleo de direitos aí inseridos elementos normativos distintivos, emprestando a esses direitos uma disciplina jurídica específica.

Torna-se ativo o conflito especialmente quando observada alguma falha no funcionamento regular do sistema de direitos fundamentais, a imposição de garantias mínimas de existência digna deriva de uma reserva de eficácia material direta conferida ao mínimo existencial, ainda que se reconheça o papel dos poderes executivo e legislativo na eleição dos meios e formas de concretização das prestações positivas.

Entretanto, a reflexão acerca da admissão do mínimo existencial como conteúdo de base constitucional de exequibilidade direta e imediata revela, em verdade, a necessidade de ter-se em permanente consideração preocupações com a definição da “medida” em que prestações materiais de direitos sociais devem corresponder a um direito subjetivo justiciável.

Isso porque o mínimo existencial, tido como núcleo essencial dos direitos fundamentais, não se confunde com toda a extensão do direito fundamental em si, de forma que o conteúdo do direito fundamental que se encontra abrangido pelo mínimo existencial e, nessa extensão, afigura-se conteúdo exigível, merece ser definido com especial atenção, uma vez que a exigibilidade direta de prestações estatais positivas específicas derivadas do texto geral da Constituição, sem densificação de seu conteúdo e eleição de meios para sua prestação pelos poderes executivo e legislativo, não deve ser a regra, mas sim exceção fundamentada ao postulado da separação dos poderes.

Sob tais balizas, pretende-se analisar, a partir de uma reflexão sobre traços distintivos da disciplina afeta aos direitos fundamentais e sobre a formulação originária dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, traçando-se bases teóricas que permitam observar não só a possibilidade de intervenção judicial, mas também os limites e fundamentos que devem ser observados para tal.

A partir de tal bases teóricas, buscar-se-á observar como o poder judiciário brasileiro, a partir da análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, vem se posicionando quanto à justiciabilidade em matéria de direitos fundamentais sociais e, em especial, sobre a possibilidade de fixação dos meios concretos de efetivação destes, a partir da observação do uso do mínimo existencial quando utilizado para fundamentar a determinação de prestações positivas do Estado, especialmente quando em cotejo com a reserva do possível.

A partir da reflexão acerca das bases conceituais que sustentam o debate sobre a possibilidade de intervenção do poder judiciário em matéria de concretização de direitos sociais e da observação do comportamento judicial do STF, voltar-se-á para a análise do exemplo concreto do direito à saúde.

Justifica-se o recorte do direito à saúde tendo em vista a existência de um microsistema protecionista a tal direito que encontra suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, proclamado pela Constituição Federal em seção própria e que detém atenção especial pelo poder judiciário pela alta litigiosidade que, somente em 2022 ultrapassou a marca de 297 mil processos, tendo atualmente pendentes mais de 446 mil processos segundo o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus), criado pelo Conselho Nacional de Justiça⁶ para acompanhamento específico das ações que versam sobre o tema.

Sob tal enfoque, o trabalho analisará tanto as premissas que fundamentam a intervenção judiciária no direito à saúde, quanto os efeitos práticos do posicionamento do poder judiciário ao definir o alcance das prestações de assistência em matéria de saúde, com a eleição de prioridades e a realização de escolhas, contrapondo-se à necessidade de organização universal da política pública, por meio da avaliação do impacto das decisões judiciais e de uma análise qualitativa e quantitativa das prestações que encontram-se sendo cumpridas por força de decisões judiciais.

Assim, enfrentar-se-á como problema o conflito instaurado entre a atuação do poder judiciário na garantia da força normativa da constituição e na preservação do direito social a prestações positivas em sede de direito à saúde, estruturado sob os enfoques da universalidade e integralidade dos cidadãos, para analisar se a intervenção do poder judiciário encontra-se significando um atropelo não fundamentado ao processo de elaboração e execução das políticas públicas em saúde a cargo da administração pública, frente à necessidade de instrumentalização do sistema e à limitação dos recursos.

Isso porque, considerando o caráter fundamental do direito, torna-se inafastável o conhecimento do reclame pelo poder judiciário, de forma que a prerrogativa de planejamento e execução da política pública necessária à efetivação do direito social não pode servir de óbice genérico impeditivo da intervenção do poder judiciário, de forma que a interação dialética entre poder judiciário e poder executivo deverá existir por necessidade prática decorrente da exigibilidade de posturas ativas do Estado na proteção e promoção do direito fundamental.

Entretanto, assumindo-se que intervenção do poder judiciário deve encontrar-se jungida ao caráter de excepcionalidade decorrente da necessidade de preservação do mínimo existencial e à omissão dos poderes constituídos na promoção do direito fundamental, a

⁶ Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>, Acesso em: 03 de junho de 2023.

pesquisa buscará analisar tanto o perfil de intervenção do poder judiciário, com a análise de números de decisões judiciais recebidas para cumprimento, bem como a postura reativa do poder executivo na colmatação das lacunas que têm sido identificadas pelo poder judiciário na promoção do direito fundamental à saúde, por meio da análise da recorrência de uma mesma prestação material por força de decisão judicial, associando ao impacto orçamentário, a fim de avaliar o impacto efetivo da justiciabilidade do direito.

Nesse sentido, o trabalho divide-se em três partes.

A primeira é dedicada à contextualização das características basilares dos direitos fundamentais, em especial a sua relação com o constitucionalismo, com o Estado de Direito. O cotejo histórico da consolidação de direitos fundamentais é utilizado para a reconstrução de características que, da forma como se propõe, devem estar contidos na formação de juízos de valores acerca dos direitos sociais.

A crítica formulada visa reconstituir especialmente o traço de fundamentalidade dos direitos sociais a partir da indicação de dimensões positivas e negativas com eficácia imediata destes, bem como desconstituindo críticas à sua fundamentalidade formuladas a partir de comparações com direitos de primeira geração.

A segunda parte é dedicada à discussão da justiciabilidade dos direitos fundamentais, desenvolvendo a debate acerca da possibilidade de conhecimento pelo poder judiciário de demanda envolvendo violação de direito fundamental social. O desenvolvimento se dará com ancoragem das características inerentes aos direitos fundamentais de forma geral desenvolvidos na primeira parte, focando no desenvolvimento acentuado da justiciabilidade dos direitos sociais.

Ademais, desenvolver-se-á um resgate histórico acerca dos institutos do direito alemão do mínimo existencial e da reserva do possível, debatendo acerca da sua formulação original e acerca da forma como estes foram assimilados tanto no direito alemão, quanto posteriormente no direito brasileiro.

Buscar-se-á ainda realizar um cotejo entre o mínimo existencial e a reserva do possível, prosseguindo com a análise do manejo destes, quando em confronto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de traçar uma crítica à maturidade e profundidade da reflexão acerca do conteúdo e alcance de cada um dos institutos quando invocados como fundamentos justificadores da intervenção do poder judiciário.

A terceira parte consiste na análise específica da judicialização do direito à saúde, a partir da análise dos aspectos distintivos da judicialização do direito, seguindo para a avaliação

do impacto do cumprimento das decisões judiciais pelo poder executivo, utilizando, como recorte, o poder executivo federal. Nesse momento, para além da judicialização, debruçar-se-á sobre os efeitos concretos da justiciabilidade, sobre o efetivo conhecimento do reclame e intervenção do poder judiciário, buscando-se propor, ao fim, uma conclusão sobre garantia do mínimo existencial e o ativismo judicial envolvendo o direito à saúde por meio da análise qualitativa do perfil das prestações cominadas ao poder executivo.

Para tal, utilizou-se de pedidos de acesso à informação para obter os dados de números referentes às aquisições realizadas pelo poder executivo federal em matéria de saúde para obtenção das informações que números fidedignos que demonstrem o impacto decorrente do cumprimento de decisões judiciais dessa natureza.

Identificados os processos de aquisição, utilizou-se classificações em grupos e subgrupos a fim de traçar um perfil das aquisições efetuadas, analisando o número de aquisições, o volume em unidades e o impacto financeiro decorrente, comparando-se percentualmente as aquisições feitas por procedimentos de aquisição ordinários e aqueles realizados em decorrência de ações judiciais, bem como identificando-se os itens adquiridos recorrentemente em decorrência de ações judiciais.

O resultado será utilizado para tornar possível observar-se, em uma macro análise, o impacto efetivo do cumprimento de decisões judiciais, e em uma análise específica, o perfil das eventuais deficiências existentes no planejamento e execução da política pública que ensejam a intervenção do poder judiciário.

Assim, o objetivo da pesquisa volta-se para, a partir da discussão sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, analisar a possibilidade de intervenção do poder judiciário para garantir tais direitos e em que extensão essa intervenção deve se dar a partir da análise dos institutos em confronto (mínimo existencial e reserva do possível) por meio de um resgate histórico da sua formulação e da forma que estes vem sendo utilizados e, ao fim, proceder com uma avaliação da relação entre poder judiciário e poder executivo a de uma análise comparativa da execução planejada e execução forçada, avaliando se existe, em tal relação dialógica, um sistema funcionamento operativo que maximiza a concretização dos direitos sociais, a partir da análise do direito à saúde.

Buscar-se-á assim analisar a interação das instituições e dos poderes, confrontando os papéis legitimamente exercidos sob uma perspectiva dinâmica de diálogo interinstitucional e da separação dos poderes, especialmente com vistas à avaliação do modelo de tutela na consecução dos direitos sociais e objetivos enumerados pela Constituição Federal, com vistas

a tornar concretas e adequadas as prestações estatais referentes ao direito fundamental constitucionalmente garantido, sem perder de vista a prerrogativa de planejamento e organização da política pública necessária à concretização do direito social.

2 TRAÇOS DISTINTIVOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE SUA FORMULAÇÃO

2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme descrito brevemente em capítulo introdutório, entende-se que falar de direitos fundamentais, em qualquer de seus desdobramentos, deve partir de um resgate sobre traços distintivos basilares que são forjados em sua história evolutiva.

Para tal, inicia-se ressaltando a sua essência como conquistas dos cidadãos em determinado contexto, sempre em reflexo de reivindicações sociais deflagradas em reação a situação de violação ou ameaça a bem fundamental ao cidadão, com íntima ligação aos valores da vida, liberdade, igualdade e solidariedade, ainda que em diferentes acepções, em um processo progressivo e construtivo.

Em resgate histórico, percebe-se que a história dos direitos fundamentais está intrinsecamente relacionada como o surgimento do Estado constitucional, especialmente tendo em vista a sua conformação como direitos positivos de matriz constitucional, e raiz intimamente ligada ao movimento que visava a limitação dos poderes estatais.

A íntima ligação do Estado moderno e os direitos fundamentais é descrita por Norberto Bobbio da seguinte forma:

“(...) inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.” (BOBBIO, 20, p.7)

Nesse primeiro momento, anota-se a aderência à premissa de historicidade enunciada por Bobbio como ponto de partida para o desenvolvimento do presente trabalho a partir do qual, ressaltando tal caráter histórico e contínuo, é notório que se reconheça a existência de contribuições relevantes históricas que moldaram as bases sobre os quais se fundam os direitos fundamentais, especialmente considerando que muitos foram os movimentos e ideais que pugnavam limitação do poder do governante e respeito aos direitos dos homens.

Voltando-se ao apanhado histórico, várias correntes doutrinárias divergem a respeito de onde, porque e como surgiram os direitos fundamentais.

Ingo Sarlet, citando Klaus Stern e Antonio Enrique Perez Luño, situa a perspectiva histórica de surgimento dos direitos fundamentais em três fases: a) pré-história, que se estende até o século XVI; b) período intermediário, que compreende o período de amadurecimento da

concepção jusnaturalista dos direitos naturais inalienáveis do homem; e c) fase de constitucionalização, iniciada em 1776.

Quanto ao período pré-histórico, credita-se à filosofia clássica as raízes dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade que viriam a influenciar as doutrinas jusnaturalistas.

Boa parte da doutrina aponta para a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, como o principal documento que serve de ponto de referência para o reconhecimento de direitos e liberdades individuais, muito embora esta visasse garantir tão somente privilégios feudais a nobres ingleses, com cunho evidentemente estamental e não geral, ainda que não sido o único nesse sentido no mesmo período⁷.

Acerca do período, criticando uma visão cronocentrista do direito, Pietro Costa lança luzes sobre a era medieval destacando que as sociedades de antigo regime não eram o reino do arbítrio, uma vez que, ainda na era do “Estado absoluto”, este era um Estado limitado por direitos, pelos *iura et privilegia* dos indivíduos, criticando a desconsideração das contribuições dos movimentos antigos no processo de concepção de direitos limitadores do exercício do poder.

A crítica merece ser lida como a assunção de que a consolidação de direitos não se origina de um fato, mas de longos processos que foram enfrentados a tempo e modo distintos nas diferentes nações, o que embasa uma noção de variabilidade que deve permear a compreensão do tema.

A partir do século XVI, o período intermediário se caracteriza fortemente pelas teorias contratualistas, que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais inalienáveis do indivíduo, como expressão da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

Nesse período, destacam-se as contribuições de John Locke, tido como o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem oponíveis aos detentores do poder com base no contrato social, e Kant, que reconhecia no direito de liberdade, dado a todo homem em virtude de sua condição humana, a abrangência de direitos que somente poderiam ser limitados pela liberdade de outros homens.

⁷ Ingo Sarlet (2021, p. 41) destaca que já nos séculos XIII e XIII as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis, documento firmado por Afonso IX, em 1188, a Bula de Ouro da Hungria (1222), o *Privilegio General* outorgado por Pedro III em 1283 (cortes de Zaragoza), os Privilégios da União Aragonesa (1286).

O ponto em comum é a identificação de origens para os direitos fundamentais a partir de documentos concessivos de liberdades que resultavam em progressiva limitação do poder e que germinavam a expansão para liberdades garantidas a todos.

Por exigir-se da configuração definitiva de direitos fundamentais a necessidade de supremacia e estabilidade que vinculasse todos os poderes, se reconhece na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, replicada em outras ex-colônias inglesas na América em processo que acabou por refletir na redação da Constituição Americana de 1787, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789, como os primeiros documentos que reconheceram características de universalidade de direitos e conferiram eficácia em relação a todos os poderes públicos, o que emprestaria a configuração efetiva de direitos fundamentais.

Tais documentos são tidos, portanto, como marcos oficiais da fundação dos direitos fundamentais.

Em verdade, a constituição de direitos fundamentais deve ser vista como uma das características ínsitas ao constitucionalismo, uma vez que este traz consigo tanto a necessidade de limitação do poder, como também a necessidade de proclamação de declarações de direitos, constituindo em si uma reverberação de faceta de racionalização e humanização do Estado que desenha, a partir da fórmula do Estado de Direito, a necessidade de organização de um Estado que respeite as liberdades individuais.

Assim, igualmente é verdade que a exigência de supremacia e estabilidade das limitações impostas ao poder do governante por meio da positivação de direitos em carta de caráter constitucional, com eficácia sobre todos os poderes, revela que o reconhecimento dos direitos fundamentais se encontra intimamente ligada à criação do Estado de Direito, como materialização da necessidade dos indivíduos de conter a tendência incontrolável do exercício do poder pelo Estado e pelo governante.

A tal respeito, considera-se oportuno realizar uma ressalva à pretensão universalista no resgate histórico da formulação do Estado de Direito, uma vez que se nota franca tendência em assumir sua formulação como um instituto cunhado a partir de um movimento único e uniforme, o que não corresponde à verdade.

O referencial clássico da formação do Estado de Direito é a conhecida ruptura revolucionária ocorrida na França, em que a Revolução Francesa conseguiu impor derrocada abrupta ao absolutismo no país em que o fenômeno absolutista parecia mais presente, enraizado e imperativo, o que se credita especialmente pela expressiva conquista materializada na

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, instrumento célebre de consagração de direitos fundamentais que inaugura o *état de droit*.

Diferentemente, a consolidação do *rule of law* na Inglaterra credita-se à estrutura consolidada de *common law*, fruto de rupturas ocorridas anteriormente à própria Revolução Francesa - especialmente no que diz respeito à Revolução gloriosa e à guerra civil – em sistema o qual a vocação "absoluta" da soberania traduzia-se num sistema de vínculos capazes de limitar a sua arbitrariedade e proteger os sujeitos, em uma aproximação possível a um modelo de convivência, em que a sociedade se organiza espontaneamente em torno de algumas regras constitutivas, ao passo que o poder político intervém externamente, como instrumento de tutela e de proteção.

A tal respeito, Pietro Costa expõe a partir da obra de Albert Venn Dicey⁸ que a compreensão do caso inglês deve passar pela assimilação da Constituição inglesa como flexível, admitindo assim múltiplas e frequentes ajustamentos e mudanças, de forma que é peculiar o processo de fundação e realização das liberdades e dos direitos sob profunda influência do tipo de constituição, fruto de constantes ajustamentos a partir de princípios e regras conformados a partir de decisões judiciais, gradativamente mais precisos, segundo a fórmula do “*judge-made-law*”.

Assim, a soberania parlamentar e direito jurisprudencial são elementos complementares na lógica do ordenamento inglês, uma vez que o parlamento poderia emanar a lei, mas a sua interpretação é confiada ao juiz e, dessa forma, a produção do direito a partir da lei encontra-se intimamente ligada à interpretação judicial.

No caso alemão, a formação do *rechtsstaat* segue caminho e reflexões próprias, segundo entendimento dominante de que a simples imposição por meio de um texto legal não seria capaz de conter as ameaças do poder, mas que creditava ao Estado, como entidade coletiva do sujeito-povo, a finalidade precípua de atuar como guardião, de forma que os direitos individuais seriam reflexos da própria constituição do Estado, em um duplo binário organístico que refletiria um elo entre Estado e indivíduos.

A tradição alemã, neste particular, tinha peculiar traço de ver no soberano um árbitro a rigor não controlável, mas que confiavam na história, nos vínculos que ligam o Estado ao povo e no estágio de civilização como bases de uma teoria da autolimitação, esboçada por Jhering e Jellinek, entendendo sujeitos como titulares de direitos e de obrigações juridicamente

⁸ A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Macmillan, London, 1959, 10ª ed.

estabelecidas e jurisdicionalmente controláveis a partir da decisão de se autolimitar aplicada ao Estado.

Utiliza-se então desse recorte histórico para reconstruir as bases dos direitos fundamentais, traçando a íntima relação simbiótica destes com o constitucionalismo e com o Estado de Direito, para destacar três características essenciais ao desenvolvimento do tema: primeiro, a noção destes como direitos positivados em cartas de cunho constitucional sobre o qual se baseiam a própria formação do Estado; segundo, a noção de vinculatividade destes em relação a todos os poderes constituídos e; terceiro, a percepção de que estes são constituídos segundo fatos históricos e concepções ideológicas tão variáveis quanto as diferentes formulações das constituições e dos modelos de estado de direito, nas diferentes nações, ainda que seja possível serem reconhecidos traços comuns, especialmente no que diz respeito à finalidade precípua de reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, ressaltando a utilização dos diferentes vocábulos que designam o Estado de Direito nas diferentes nações, objetiva-se inculcar a percepção de que o contexto é de tal forma relevante que o instituto, ainda que designado por vocábulos tidos por equivalentes, deve ser assimilado mediante a percepção de seus diferentes conteúdos próprios.

Pretende-se assim denotar e inspirar um rigor metodológico comparativista pertinente a este trabalho, em que serão utilizados conceitos e institutos cunhados em diferentes contextos, para anotar que o conteúdo de qualquer instituto merece reflexão minuciosa a partir do cenário conjuntura, mesmo diante de aparente coincidência verificável a partir do mais básico recurso comparativista que é a tradução⁹.

Antes de passar ao próximo tópico, destaca-se que a pontuação é feita com a finalidade de tornar clara a premissa de que institutos, conceitos ou mesmo espécies de direitos

⁹ Acerca do uso da tradução, seus riscos e desafios, pertinente a ressalva feita por Jacobson e Schlink: “*Translation is always choice, and translation of texts in legal theory faces double the ordinary difficulty of choosing. The translator faces the usual task of rendering German thoughts that all too often do not “think” in English, when differences in cultural tradition and linguistic habits propel thinking in different directions. But the translator of legal theory must also make available the words, ideas, and themes of a legal system and theory that map the world in ways that are not easily comprehensible to those steeped in the common law tradition. Unlike most specialized fields of knowledge, law and legal theory have languages and sets of principles and understandings that are not wholly universal*” (Jacobson; Schilink, 2000, p. xiii). Nesse mesmo sentido, alerta Mark Tushnet sobre os estudos em direito comparado: “*In any event, it may be helpful to identify some of the methodological issues in comparative constitutional law. The first, unsurprisingly, is language. (...) Deeper issues of language and translation arise in the Benthamite tradition of functionalism and universal grammar. The ‘natural’ translation of some terms can be misleading. The term ‘judicial review’ provides a good example even without translation. In US usage the term refers to the judicial practice of determining whether a statute is consistent with the Constitution; in British usage it refers to the judicial practice of determining whether administrative action is consistent with statutory authorization*” (Tushnet, 2014, p. 5/6). Assim, utilização das denominações próprias que se traduzem em “estado de direito” reforça a pretendida compreensão de contextualidade dos processos de formação que se visa ressaltar.

fundamentais devem ser analisados com a consciência de que estes se desenvolvem em contextos marcados por uma história e por uma cultura (constitucional) específica.

Assim, qualquer discussão sobre direitos fundamentais deve ter em conta que estes são fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e / ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano¹⁰, de forma que é mandatário reconhecer-se que o catálogo de direitos fundamentais postos é fruto das conquistas de um povo, assumindo o contexto em que se encontram inseridos como traço identitário necessariamente relevante na análise destes.

Ademais, o passado é diferente do presente, da mesma forma que o futuro pode o ser em relação ao presente. A vitalidade da pesquisa jurídica, portanto, tende a ganhar com a abertura da sua mentalidade para se admitir, para além de pensar o direito a partir do que está posto, projetá-lo para o futuro, pensando o que foi o direito, o que é o direito e o que pode ser o direito.

2.2 DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Contextualizadas as bases históricas dos direitos fundamentais, o seu desenvolvimento é matéria que igualmente inspira reflexões caras a sua interpretação.

Isso porque, conforme já contextualizado e tomado como premissa, os direitos fundamentais encontram-se vinculados ao reconhecimento das necessidades próprias do indivíduo dentro do Estado, em suas diferentes conformações, desde o estado absolutista, passando pelo estado liberal, até o Estado de Direito moderno, de forma que estes, como produtos da dialética constante entre tais necessidades com as ideologias predominantes, refletem em seu conteúdo reivindicações situadas contextual e temporalmente.

Assim, o desenvolvimento dos direitos fundamentais dá-se num autêntico processo de “mutação histórica” resultante do reflexo dos diferentes contextos em que se encontravam inseridos os indivíduos e necessidades organizadamente manifestadas.

Não por outro motivo Norberto Bobbio (2004, p.9) defende expressamente que os direitos fundamentais são direitos históricos, assentando acerca do processo de criação e

¹⁰ Sarlet, 2011, p. 52-53.

desenvolvimento destes que “os direitos não nascem todos de uma vez (...) nascem quando devem ou podem nascer”¹¹.

O reflexo de tal desenvolvimento fortemente contextualizado é que os direitos fundamentais acabaram por emanar tipicamente as necessidades havidas perante cada uma das formas de organização de Estado, costumando-se dizer que originaram gerações de direitos fundamentais.

Sobre o emprego de “gerações”, observa-se que autores como Paulo Bonavides, Ingo Sarlet e Jairo Schäfer, criticam o seu uso, expressando preferência pelo termo “dimensões de direitos fundamentais”, em crítica e distanciamento à carga semântica do primeiro, que traz consigo uma ideia de exclusão substitutiva das primeiras gerações pelas subseqüentes.

A crítica tem razão de ser, de forma que o uso terminológico de “dimensões de direitos fundamentais” parece ser refletir de forma fidedigno o caráter cumulativo, uno e complementar destes, especialmente em consideração a uma visão estruturada de tais direitos que se ora se defende, sem prejuízo do uso de “gerações de direitos fundamentais”, haja vista a sua consagração terminológica e o caráter ora defendido de forma expressa.

Seguindo, em desenvolvimento histórico, os direitos de primeira dimensão surgem como reflexos do pensamento neoliberal do século XVIII, fruto da reivindicação da não intervenção estatal, com autêntico caráter negativo, posteriormente complementados por um leque de liberdades coletivas (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e por direitos de participação política, se conformando como clássicos direitos civis e políticos do cidadão.

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, surgem como reflexo dos impactos da industrialização e dos problemas sociais e econômicos, a partir da defesa de um ideal de consagração da igualdade material, por meio da atribuição de tal função promotora ao Estado, desenvolvidos a partir da ideia de bem-estar social, tornando nítida uma transição de reivindicações de liberdades formais para liberdades materiais concretas¹².

¹¹ Pontuando de forma mais ambientada seu pensamento: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (Bobbio, 2004, p. 9)

¹² Sobre o aparecimento dos direitos sociais no plano constitucional positivo, situa Celso Lafer: “No plano do Direito Positivo o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontra na Constituição Francesa de 1791, que no seu Título 1.º previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem. Na Constituição Francesa de 1848, que, apesar de ter emanado de uma Constituinte conservadora, refletiu a consciência dos problemas trazidos pela Revolução Industrial e pela condição operária, o tema aparece no Item i do Preâmbulo, no trecho que considera como objetivo da República o de ‘*assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des*

Por fim, segundo a divisão clássica, tem-se os direitos de terceira dimensão, assim tidos como os direitos de solidariedade, que se voltam essencialmente para a proteção de grupos humanos, consagrando direitos de titularidade coletiva e difusa, como reflexo de proteções transindividuais a movimentos como impacto tecnológico, estados de beligerância e processos de descolonização¹³.

Segundo a teoria clássica, seriam essas as três dimensões de direitos fundamentais, cujo processo histórico tentou-se contextualizar, a fim de dotar de alguma lógica o seu desenvolvimento.

Uma análise da forma como as diferentes dimensões vão se corporificando torna possível validar a premissa apontadas por Bobbio, de que os direitos fundamentais se desenvolvem a partir de concepções individualistas da sociedade, especialmente na forma como o cidadão se vê no seio social como sujeito de direitos frente ao Estado.

Ainda que ausente um fundamento único para todos os direitos fundamentais, estes gravitam essencialmente em função de “tradicionalis e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana”¹⁴.

Entretanto, a noção de mutabilidade constante das relações sociais e das relações do cidadão com o Estado torna premente se reconhecer que, mesmo sendo consenso dominante a forma e conteúdo destas três dimensões de direitos, estas não se encontram edificadas em um contexto estanque, de forma que o conteúdo dos direitos fundamentais constantemente é pressionado pela necessidade de adaptação em decorrência da consolidação de novos bens fundamentais da vida ou mesmo pelo aparecimento de novas ameaças a direitos e valores tradicionalmente consagrados. Nesse contexto, tanto são reivindicados novos direitos fundamentais em si, quanto novos conteúdos e conformações a direitos fundamentais clássicos.

Por tais motivos, muito autores já defendem a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, assim entendidos como aqueles fruto do movimento de globalização, em uma reflexão sobre a universalização de direitos fundamentais, com conteúdo ainda não bem definido, havendo quem defenda que estes englobam direitos contra a manipulação genética e

avantages de la société. Nesta Constituição, no entanto, se há o reconhecimento de deveres sociais do Estado, não existe uma proclamação dos direitos correlativos dos cidadãos. Estes só surgirão nos textos constitucionais do século XX, por força da influência da Revolução Russa, da Revolução Mexicana e da Constituição de Weimar. Na experiência brasileira, como é sabido, o reconhecimento constitucional dos direitos de segunda geração data da Constituição de 1934.” (Lafer, 1991, p. 128)

¹³ Pérez Luño considera os direitos de terceira dimensão como uma resposta ao fenômeno que denomina “poluição das liberdades”, caracterizados por uma erosão e degradação sofrido por direitos e liberdades fundamentais a partir do uso de novas tecnologias. (Sarlet, 2021, p. 49)

¹⁴ Sarlet, 2021, p. 50.

biodiversidade (Norberto Bobbio) ou mesmo atinentes à democracia, à informação e ao pluralismo (Paulo Bonavides), e mesmo direitos fundamentais de quinta dimensão.¹⁵

Tal movimento, ainda que legítimo, especialmente dadas as circunstâncias já enunciadas, alerta preocupação ao movimento de proclamação de novos direitos e diferentes e sucessivas gerações, fazendo surgir debate acerca dos riscos à fundamentalidade de todo o sistema de direitos fundamentais.

A tal respeito, pertinente a reflexão proposta por Norberto Bobbio em sua obra sobre a linguagem dos direitos, especialmente no que diz respeito ao distanciamento entre a proclamação de um direito e o gozo efetivo deste:

Apesar das inúmeras tentativas de análise definitiva, a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e frequentemente usada de modo retórico. Nada impede que se use o mesmo termo para indicar direitos apenas proclamados numa declaração, até mesmo solene, e direitos efetivamente protegidos num ordenamento jurídico inspirado nos princípios do constitucionalismo, onde haja juízes imparciais e várias formas de poder executivo das decisões dos juízes. Mas entre uns e outros há uma bela diferença! Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de “direitos” serve unicamente para atribuir um título de nobreza. (...) Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.¹⁶

Em sentido complementar, Ingo Sarlet, alertando acerca da complexidade do processo de formação histórica e social de direitos, alerta que o dinâmico processo de reconhecimento é marcado por avanços, mas também por retrocessos e contradições, bem como que, ainda que seja perene a necessidade de admissão de novos direitos fundamentais ou mesmo novos conteúdos a direitos fundamentais tradicionais diante da mutabilidade das situações de violação que ensejam a sua criação protetiva, a proclamação constante de novos direitos fundamentais

¹⁵ Sintetizando a defesa de Paulo Bonavides acerca do aparecimento de novas gerações de direitos, aponta Richard Pae Kim: “Alguns autores, como Paulo Bonavides, vem admitido também a existência de direitos fundamentais de quarta geração, em decorrência da expansão da globalização econômica neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e que busca com mais intensidade a dissolução dos Estados nacionais e a redução dos fundamentos do conceito de soberania, como seriam os chamados direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Embora não aceito pelos doutrinadores de forma pacífica, lembra Paulo Bonavides que os direitos de quarta geração ‘compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.’” (Kim, 2015, p. 278-279).

¹⁶ Bobbio, 2004, p. 11.

aporta em um risco de degradação de todos eles, por questionamento de seu *status* e desprestígio de sua fundamentalidade.

Nesse sentido, alerta do autor que “fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais”¹⁷, o que revela a preocupação comum com um bom funcionamento do sistema de proteção de direitos fundamentais¹⁸.

A preocupação é ligada fortemente à compreensão dos direitos fundamentais como um sistema uno, complementar em suas diferentes dimensões, de forma que o descrédito de um importa o descrédito de todo o sistema.

Ademais, conquanto alinhados à noção de direitos fundamentais como sistema simbioticamente ligado à força normativa da constituição e impositividade do postulado do Estado de direito, a fragilização de direitos fundamentais igualmente importa fragilização de tais pilares, uma vez que importaria a relegação destes a promessas constitucionais vazias e de baixo suporte institucional.

Assim, ainda que se reconheça que determinados direitos são enunciados e proclamados como vetores de modificação da realidade social projetada para o futuro, a todos os direitos fundamentais deve se reconhecer força normativa bastante a considerá-los efetivos em um patamar tendencialmente satisfatório, ainda que, pautados em um ideal de progressividade de realização, sejam admitidos como decisões de valor e mandados de ação e otimização tendentes a uma gradual implementação ainda dependente de um processo de consolidação.

A problemática, portanto, parece reverter para um dilema sobre fundamentabilidade do direito: seria suficiente conferir a um direito *status* de formal fundamentalidade enquanto este permanece materialmente como mera promessa? E acaso materialmente indisponível, seu conteúdo fundamental seria base suficiente para demandar-lhe concretização?

Tal problematização é a raiz da discussão acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Feito o traçado histórico para resgatar as âncoras fundacionais que

¹⁷ Sarlet, 2021, p. 54.

¹⁸ Em complementação à sua crítica ao reconhecimento de novas dimensões de direitos fundamentais, acentua o autor: “O problema da efetividade é, portanto, algo comum a todos os direitos de todas as dimensões, mais uma razão para encararmos com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, antes mesmo de logarmos outorgar aos direitos das primeiras três dimensões sua plena eficácia jurídica e social. Não é à toa que se rememore constantemente que ao mesmo tempo em que boa parte dos direitos fundamentais já largamente consagrados encontram-se longe de uma implementação universal e satisfatória, novas e complexas situações e desafios reclamam um enfrentamento adequado, sem que sejam abandonados os esteios do Estado Democrático de Direito.” (Sarlet, 2021, p. 55)

parecem servir a qualquer reflexão acerca dos direitos fundamentais, passa-se à discussão atinente à exigibilidade destes.

2.3 RELAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM O TEXTO CONSTITUCIONAL

Seguindo, observa-se que falar sobre direitos fundamentais traz consigo uma preocupação sobre seu conteúdo. Parte dessa crítica parece ter raiz comum ao alerta acerca do pamprincipiologismo¹⁹, que denuncia o uso desordenado de derivações interpretativas de conteúdo a um determinado conceito ou instituto.

Muito embora não trate do conteúdo dos direitos fundamentais em si, a crítica parece lógica quando se trata de direitos fundamentais, especialmente tendo em conta a teoria desenvolvida por Robert Alexy e a sua distinção entre regras e princípios que é utilizada como base para a sua teoria acerca dos direitos fundamentais²⁰, em que este, assumindo que “direitos fundamentais [são] regras sobre ônus argumentativo”²¹, reconhece-lhes o caráter de princípios.

Para falar-se de justiciabilidade de direitos fundamentais, no entanto, é necessário refletir sobre a existência de balizas normativas para a determinabilidade de seu conteúdo. A discussão comparativa entre direitos humanos e direitos fundamentais parece servir para iniciar a reflexão.

Isso porque, segundo a fórmula já enunciada sobre a gênese dos direitos fundamentais, estes têm como traço distintivo o reconhecimento pela ordem constitucional de determinado Estado, ao passo que os direitos humanos aspiram a uma validade universal, para todos os povos e todos os tempos.

¹⁹ Descrito por Lênio Streck como sendo: “uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de ‘hiperestesia’ nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o ‘Direito’), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.” (Streck, 2012, p. 9)

²⁰ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...) Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. (...) Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (Alexy, 2014, p. 90 – 91)

²¹ Alexy, 2014, p. 106.

Nesse sentido, parece oportuna a formulação de Ingo W. Sarlet ao definir direitos fundamentais como “o conjunto de direitos e liberdade institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”²².

Em verdade, é necessário pontuar-se que o processo de “fundamentalização” passa intimamente pela aquisição de hierarquia jurídica de caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos, diferenciando-se dos direitos humanos por encerrarem em si conteúdo material significativamente corporificado e densificado no ordenamento nacional. Assim, distanciam-se da aspiração universalista dos direitos humanos por tal sustentáculo normativo positivo, inobstante o crescente reconhecimento destes últimos como fontes normativas do direito doméstico, bem como a frequente coincidência entre conteúdos de direitos fundamentais e direitos humanos.

A respeito de tal traço distintivo, no entanto, pertinente se salientar que, ainda que fortemente ligados ao constitucionalismo, conforme traçado, há muito se discute a taxatividade dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, discutindo-se acerca da fundamentalidade formal e material de direitos, com forte raiz na partir da doutrina de Carl Schmitt. Sintetizando a discussão, pontua Ingo Sartet:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente fundamentais).²³

A reflexão sobre a admissibilidade e até mesmo o grau de admissibilidade da existência de direitos material e formalmente fundamentais, entretanto, parece ser uma característica acentuadamente particular de cada sistema constitucional.

Nesse sentido, não nos parece correto assumir como unívoca a admissão de direitos apenas materialmente fundamentais, não dispostos no texto constitucional, em todos os sistemas constitucionais.

Isso porque o estudo das classificações das constituições exemplifica a variedade de formas que estas podem assumir em disposições de organização do Estado, em relação de poder

²² Sarlet, 2021, p. 31.

²³ *Ibidem*, p. 81.

entre este e os indivíduos, bem como em extensão e força normativa própria dos conteúdos positivados.

Em um sistema constitucional regido por uma Carta analítica e formal, não parece impossível a existência de sistemas constitucionais em que haja a fixação de que o conteúdo de direitos fundamentais se encontra expressamente disposto, de forma que novos conteúdos, para assumirem a normatividade própria destes, dependerão de revisão do conteúdo expresso na Constitucional.

Ainda assim, igualmente acertado parece ser afirmar ser mais coerente com o histórico evolutivo dos direitos fundamentais, especialmente diante de seu caráter dialético e dinâmico, a admissibilidade de direitos apenas materialmente fundamentais.

Isso porque, destinados a proteger os bens fundamentais da vida e tendo em vista o já defendido caráter de progressividade, a relação dialética entre direitos fundamentais e as contínuas transformações da sociedade e da realidade parecem tornar condizente, sob o ponto de vista protetivo e dinâmico, a admissão de conteúdos materiais de direitos fundamentais não previstos originalmente, a fim de que se reduza consideravelmente a convivência de Constituições com violações a direitos fundamentais baseadas em um critério excessivamente formalista.

Explica-se: conquanto a fundamentalidade surja a partir da necessidade de proteção de bem fundamental da vida, negar conteúdo fundamental a determinado direito pela não previsão originária pelo constituinte parece desconsiderar o dinamismo e a dialeticidade que até então se observou como traços próprios dos direitos fundamentais.

Voltando-se ao contexto brasileiro, observa-se que a Constituição Federal define em seu artigo 5º, §2º, que “os direitos e garantias expressos (...) 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”, de forma que nos parece ser clara a opção constituinte nacional pela abertura material do catálogo de direitos fundamentais para além do que está formalmente disposto na Constituição.

Distando de argumentos formalistas e universalistas, parece necessário reconhecer-se, em verdade, uma fundamentalidade interna aos direitos fundamentais que exsurge do seu conteúdo, da sua substância, o que permite se concluir uma aderência a certa ordem de valores e princípios, de forma que a fundamentalidade material parece despontar com preponderância.

Aqui, considera-se oportuna a conceituação formulada por Ingo Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional

positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento à Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).²⁴

Portanto, ainda que se fale da raiz intimamente constitucional dos direitos fundamentais, é preciso ter-se em conta que nem todos os direitos fundamentais encontram-se listados taxativamente no texto constitucional. O traço definidor seria a necessidade de se reconhecer o *status* de fundamentalidade a partir de uma construção material edificada em valores e princípios constitucionais, ainda que se reconheça a estes preponderante alicerce normativo positivo, que os distanciaria da formulação dos direitos humanos enquanto decorrentes de uma moral universal.

A fórmula não parece simples e a moldura parece encontrar-se excessivamente aberta, ensejando questionamentos sobre a necessidade de definição categórica do conteúdo do direito fundamental.

Entretanto, a historicidade, progressividade e o forte traço de identidade dos direitos fundamentais com o contexto que o cerca parece responder essa inquietação: os direitos fundamentais são – e ao que parece sempre foram – construções forjadas a partir base de matriz constituinte, porquanto emanadas do anseio do povo de uma proteção estrutural e vinculante frente a determinado contexto de violação ou ameaça de violação de bem da vida tido por fundamental.

A formalização constitucional de direitos fundamentais, sob essa perspectiva, não parece ser a fonte do direito fundamental em si, mas a consagração deste que, porquanto existente espacial e temporalmente em contexto sabidamente sujeito a mudanças, poderão – e provavelmente o serão – continuamente materializados a partir de novos conteúdos.

Ainda assim, partindo de bases sempre constitucionalistas, ainda que se admita a existência de direitos material e formalmente fundamentais e de direitos apenas materialmente fundamentais, não parece acertado assumir a possibilidade de existirem direitos apenas formalmente fundamentais. Isso porque o respeito ao processo e poder constituinte e à força normativa da Constituição não permite a existência de tratamento diverso, de inferioridade normativa, a determinados direitos fundamentais por desvalorização de seu conteúdo material²⁵.

²⁴ *Ibidem*, p. 78.

²⁵ A tal respeito: “(...) por menos que determinado direito fundamental positivado no catálogo corresponda às existências da dignidade, liberdade e igualdade, encontra-se por ele protegido e juridicamente equiparado aos direitos fundamentais que preenchem o requisito da fundamentalidade material (ao menos, aquilo que se considera

Portanto, a admissão da derivação de conteúdos materiais a direitos fundamentais a partir de bases de matriz constitucional parece estar em consonância com o seu caráter de princípio e coerente com a forma com que estes foram historicamente desenvolvidos.

Sob tais bases, o ponto que se visa destacar é que a reflexão sobre em que consistem os direitos fundamentais e quais os seus conteúdos, na medida em que estes ditam posições jurídicas fundamentais que se impõem aos poderes constituídos como posições jurídicas deferidas ao indivíduo em face do Estado, que na verdade revela que estes não possuem, via de regra, conteúdos prontos e imutavelmente definidos.

A definição sobre os conteúdos dos direitos fundamentais, assim, passa necessariamente pela reflexão do alcance de proteção conferido por normas constitucionais, moldura esta naturalmente aberta que demandará contínuas reflexões, em especial a partir do cotejo destes com a realidade, especialmente no que toca à reflexão sobre o escopo de proteção que a ordem constitucional visa assegurar antes violações a bens jurídicos fundamentais do cidadão.

O fato é que, aliado a esta abertura, conforme ao início enunciado, é necessário que se fuja de reflexões *pamprincipiológicas* que desenvolvem conteúdos derivados de argumentos meramente retóricos.

Ainda que haja a abertura da moldura, inclusive com a admissão de direitos apenas materialmente fundamentais, o texto constitucional deve consistir em fonte obrigatória para a derivação de conteúdos aos direitos fundamentais, aliado a outras fontes eleitas - como no caso brasileiro, por expressa cláusula de abertura no texto, o regime constitucional, por seus princípios e por normas de direito internacional - das quais não se pode desvencilhar a reflexão sobre seu conteúdo, sob pena de se retornar à armadilha da derivação retórica denunciada pelo *pamprincipiologismo*.

2.4 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS SOCIAIS E O DEBATE SOBRE A SUA FUNDAMENTALIDADE

Formulada a introdução sobre direitos fundamentais e seus traços distintivos de surgimento, desenvolvimento e formulação, reconhecendo nestes dimensões manifestadas a

como tal), a não ser no caso de o Constituinte ter previsto um regime jurídico diferenciados para os direitos constantes de catálogo e situados fora desse e da Constituição.” (SARLET, 2021, p. 79)

partir de contextos e necessidade específicas, pertinente que se passe à discussão sobre a fundamentalidade, especialmente no que concerne aos direitos sociais, sobre os quais debruçar-se-á efetivamente o presente trabalho.

O debate sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais, ainda que pareça redundante, encontra-se no cerne da discussão sobre justiciabilidade, sendo este o ponto conceitual nevrálgico para o desenvolvimento do tema.

Isso porque justiciabilidade pode ser traduzida como a possibilidade de conhecimento pelo poder judiciário de reclame de violação ou ameaça de violação a determinado direito, bem como o uso da coerção judicial para impor, concretamente a determinado direito fundamental. Assim, falar de justiciabilidade de direitos fundamentais é analisar a possibilidade de reação a uma violação material destes em alguma medida, por ação ou omissão, a partir de um reclame formulado ao judiciário.

A tal respeito, no entanto, entende-se que a reflexão sobre o tema deve partir da própria formulação dos direitos fundamentais enquanto detentores de outorga e proteção pelo direito constitucional interno de cada Estado de tal forma relevante que o seu reconhecimento não possa ser deixado à livre disposição dos mandatários do poder.

Segundo a Oxford Languages, fundamental é “1. o que serve de fundamento, de alicerce; 2. em sentido figurado, o que tem caráter essencial e determinante; básico, indispensável”. O debate sobre a fundamentabilidade de um direito fundamental, portanto, é essencial, uma vez que tal *status* lhe confere caráter básico e fundamentador do próprio sistema jurídico do Estado em que se encontra inserido.

Portanto, quando se fala de violação de direito fundamental, cuja fundamentalidade encontra-se alicerçada na Constituição sob o qual encontra-se edificado determinado sistema constitucional sob a roupagem de um Estado de Direito, um exame simplista e literal levaria à conclusão de que ações e omissões violadoras a direitos fundamentais são vedadas no sistema que se encontram instituídos.

A discussão, entretanto, não é trivial, especialmente quando situada num debate sobre efetividade, quando se põe em discussão a aplicabilidade ou alcance práticos do direito fundamental declarado e / ou reconhecido.

Muito embora superficial, é palpável se concluir, a partir de um simples exame terminológico, que comportamentos tendentes a negar existência ou eficácia a um direito fundamental são naturalmente vedados num sistema constitucional que os institui e consagra.

Mas e quanto à limitação de tais direitos? E quando se está diante de um patamar não de erradicação ou esvaziamento completos, mas sim de negativa de determinado alcance ou conteúdo prático?

Para elucidar, destaca-se passagem de José Carlos Vieira de Andrade, no qual destaca:

Se é fácil saber qual o bem que está protegido, já é muitas vezes difícil determinar-lhe os contornos, sobretudo quando o seu exercício se faça de modos atípicos ou em circunstâncias especiais, *afectando*, de uma maneira ou de outra, valores ou direitos também constitucionalmente protegidos.²⁶

A discussão é ricamente explorada por Jorge Reis Novais em sua obra acerca das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, na qual destaca, de forma muito elucidativa:

(...) qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam.²⁷

Novais em sua obra se debruça sobre a proibição à restrição de direitos fundamentais não expressamente autorizadas no contexto constitucional português, haja vista a existência de uma vedação expressa na Constituição a tais limitações²⁸, pelo que analisa uma série de formas, estratégias e argumentos que permitam o não engessamento e compatibilização da ordem constitucional com a necessidade inevitável de serem promovidas restrições práticas ao alcance de direitos fundamentais.

Nesse contexto, conclui pela impossibilidade de fixação do conteúdo e efetividade prática dos direitos fundamentais a partir de uma técnica interpretativa literal do texto constitucional, tendo em vista a própria organicidade constitucional concreta fundamentadora do sistema, formulando uma crítica à formação de “juízos rígidos” em sede constitucional.

Em sua crítica, enuncia a necessidade de cotejo e compatibilização de normas constitucionais com outros institutos de matriz constitucional, como as cláusulas pétreas, a mutação constitucional e mesmo a interpretação de tribunais acerca das próprias normas constitucionais. Isso porque defende o autor que mesmo diante da existência de opções constitucionais expressas, isso “não constitui qualquer atestado sobre a capacidade de previsão

²⁶ Andrade, 2004, p 216.

²⁷ Novais, 2003, p. 569.

²⁸ Fixa a Constituição portuguesa: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-45799375>, Acesso em: 10/04/2023.

e regulação do legislador constitucional que permita concluir que este tenha esgotado, no texto constitucional, todas as eventuais restrições possíveis”²⁹. A tal respeito, destaca:

E que os constrangimentos inultrapassáveis da realidade constitucional só deixam aquela proibição um único sentido útil, o de um especial apelo ou advertência dirigido aos poderes constituídos no sentido do reforço da enunciação do *carácter* excepcional e sempre carente de justificação de qualquer restrição da liberdade em Estado de Direito. Ora, esse apelo só é devidamente atendido por uma proposta que erija, como fazemos, a necessidade de justificação e controlo plenos das restrições no expressamente autorizadas como eixo de abordagem do problema, o que obriga, em primeiro lugar, ao reconhecimento de um verdadeiro carácter restritivo a este tipo de restrições.³⁰

Ainda, a análise do citado autor ilustra claramente a existência de uma limitabilidade dos direitos fundamentais, que deve ser assimilada como a percepção de que ter um direito fundamental não significa deter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada³¹. Em verdade, a própria convivência de direitos fundamentais diversos tutelando bens fundamentais igualmente diversos, especialmente em se tratando de um sistema de fontes plurais onde coexistem direitos material e formalmente constitucionais, impõe a percepção da sua limitabilidade, como pontuado por Novais, decorrentes dos constrangimentos inultrapassáveis da realidade constitucional.

Portanto, observa-se que a limitabilidade dos direitos fundamentais deve ser assumida como uma derivação da necessidade de harmonização prática do seu conteúdo e alcance, ainda que se reconheça em tais restrições carácter excepcional.

A partir de tal reflexão, formula-se o questionamento: em que consiste a fundamentalidade dos direitos fundamentais e como analisá-la a partir do cotejo destas com comportamentos comissivos ou omissivos que, mesmo sem pretender os abolir, sejam tendentes a limitá-los em alcance e conteúdo concreto?

A problemática é discussão chave para o desenvolvimento do tema, tendo em vista que, mesmo não sendo a discussão sobre a possibilidade de limitações a direitos fundamentais um privilégio dos direitos sociais, a discussão ganha terreno fértil quando nos voltamos aos

²⁹ Novais, 2003, p. 595.

³⁰ *Ibidem*, p. 596

³¹ A tal respeito, pontua ainda Jorge R. Novais: “Hoje, a liberdade só tem sentido enquanto liberdade na sociedade, enquanto liberdade normativamente conformada e ordenada; (...) Os limites não são elementos 'externos' legitimadores de intervenções ablativas no conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim concretizações da sua substância jurídica, fronteiras do seu âmbito de garantia constitucional, reveladas a partir 'de dentro' do direito, ou seja, 'limites imanes' aos direitos fundamentais cuja eventual positivação, na qualidade de elementos negativos da sua previsão normativa, tem um *caracter* meramente declarativo.” (Novais, 2003, p. 3012). Acerca do tema, as teorias que discorrem sobre a limitação de direitos fundamentais por meio da defesa de limites imanes, conceptualismo, hierarquização ou mesmo a ponderação tratam de forma rica sobre o tema. A tal respeito, destaca-se a obra “PONDERAÇÃO, RACIONALIDADE E ATIVIDADE JURISDICIONAL” de Ana Paula de Barcellos sobre o tema.

direitos econômicos e sociais de segunda dimensão - que iremos chamar apenas de direitos sociais - tendo em vista a sua dimensão economicamente relevante e o conteúdo notadamente positivo, de cunho prestacional.

Isso porque, quanto a estes, a discussão sobre a justiciabilidade implica a assunção de um contexto de limitação ao direito fundamental por uma insuficiência promotora de conteúdos materiais efetivadores, voltando-se o debate para a discussão da existência de omissão ou de insuficiência de ação de preponderante conteúdo obrigacional estatal³².

Inicia-se a discussão resgatando o pensamento de Norberto Bobbio, de que os direitos nascem quando podem nascer, para registrar a noção do distanciamento prático que não raro se observa entre a proclamação de um direito e o gozo efetivo, sendo inafastável que se reconheça, neste particular, que a implementação dos direitos sociais depende em maior grau da atuação positiva do Estado.

Feito o recorte para debruçar-se sobre os direitos sociais, pertinente trazer-se uma definição que explicita o espectro de ação e ativação de tais direitos, valendo-se para tal da contextualização de Paulo Bonavides acerca de Estado social:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classe na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.³³

No caso, centrar-se-á a discussão sobre direitos sociais reconhecidos pela Constituição, portanto material e formalmente fundamentais. Assim, o questionamento à fundamentalidade de tais direitos quando existente um grau de efetividade tido por deficiente ou insuficiente, ou seja, de limitação material fática, conquanto atinente a direitos formalmente fundamentais, se traduz em um questionamento à própria Constituição, ainda que se tenha em conta tal perspectiva de progressiva realização ou concreção³⁴.

³² Diz-se preponderante uma vez que, sob uma perspectiva de solidariedade, os direitos sociais, como reguladores de um arcabouço de direitos e prerrogativas ligados ao bem-estar em sociedade, não dependem tão somente da capacidade promotora do Estado, mas também do cumprimento dos deveres de solidariedade de todo os atores sociais.

³³ Bonavides, 2004, p. 186.

³⁴ Acerca da noção de progressividade e complementaridade da primeira e segunda gerações de direito, pontua Celso Lafer: “A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do

Ocorre que, quando nos voltamos especificamente aos direitos sociais, observa-se que desde o princípio existiu um questionamento sobre a sua fundamentalidade, especialmente a partir de comparações com os direitos negativos clássicos de primeira dimensão, no que concerne à exigibilidade direta e efetividade concreta. Questionar-se-ia, assim, se seriam os direitos sociais naturalmente limitáveis ou limitados e quais implicações essa limitabilidade teria em relação ao seu *status* de fundamentalidade?

Jorge Reis Novais também se dedicou ao tema do reconhecimento de fundamentalidade aos direitos sociais, enunciando que esta passa pela superação de críticas que apontam reservas à sua eficácia de duas ordens principais: a primeira, no que diz respeito ao condicionamento à reserva do financeiramente possível, e a segunda à necessidade de interposição legislativa para determinabilidade do seu conteúdo.

Quanto ao condicionamento dos direitos sociais à reserva do financeiramente possível, traduzido como uma crítica à efetividade destes pelo condicionamento a prestações positivas inevitavelmente vinculadas à disponibilidade financeira, este vem fortemente vinculado a um comparativo em relação aos direitos de liberdade clássicos de primeira dimensão, assumidos como exigíveis diretamente por si, na medida em que consubstanciados essencialmente em exigências de não intervenção estatal.

É inegável que, se tratando dos direitos sociais, existe uma preponderância de uma dimensão economicamente relevante, de forma que a limitação dos recursos efetivamente constitui relevante limite fático às prestações positivas necessárias à sua efetivação.

Entretanto, a construção histórica nesse ponto induz a erro o leitor que assume os direitos de primeira dimensão com mesma forma e conteúdo de quando originalmente reivindicados, uma vez que a liberdade deixou – se é que em algum momento já teve – conotação de mera não intervenção do Estado na órbita privada.

Tal percepção fica nítida quando observamos a construção da jurisprudência alemã sobre a imposição ao Estado dos deveres de proteção e promoção dos direitos fundamentais, que evidenciam a exigibilidade de ações para que seja assegurada a fruição de tais direitos, o que torna possível afirmar que todos os direitos fundamentais implicam um custo, de tal sorte que esta circunstância não se limita aos direitos sociais.

Ilustrando, exemplifica Ana Lucia Pereira:

Os direitos de defesa, embora exijam, preponderantemente, uma abstenção estatal no intuito de não lhes obstar o exercício, também eles demandam alguma atuação estatal

socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo” (Lafer, 1991, p. 127).

para sua efetivação. O direito de ir e vir sofreria restrições caso não fossem construídas estradas ou desenvolvidos sistemas de organização do trânsito. O direito à livre iniciativa de um sujeito poderia ser restringido pelo de outro, caso entes estatais não atuassem normativamente para compor interesses no âmbito da atividade econômica. O acesso à justiça seria limitado se não fossem despendidos recursos para a construção de varas judiciais no interior dos Estados, e assim por diante.³⁵

Assim, a superação da referida crítica deve passar pela percepção de que todos os direitos fundamentais sempre carregam um viés positivo em alguma medida, especialmente observando-se que também os direitos negativos clássico, genericamente entendidos como direitos de liberdade, demandam um conjunto de medidas positivas do Estado para que seja assegurado o seu gozo livre, com proteção e prevenção à vulneração por parte de terceiros, bem como nos custos associados ao exercício de tal proteção.

Exatamente neste sentido é que Jorge Reis Novais pontua de forma muito acertada:

Com efeito, nenhum sistema constitucional pode proteger os direitos de liberdade negativos contra intervenções ou ameaças do Estado ou de outros particulares sem a *actuação* institucional de proteção garantida por outros funcionários, por aparelhos administrativos e policiais e, designadamente, através de um sistema judicial.³⁶

Indo mais além e sua crítica, pontua:

(...) não há diferenças, em termos de *afecção* pela reserva do financeiramente possível, entre os dois tipos de direitos quando se perspectivam *como um todo*, na medida em que encontramos deveres estatais com custos nos direitos de liberdade e deveres estatais sem custos nos direitos sociais.³⁷

Portanto, a refutação à crítica de fundamentalidade dos direitos sociais pela vinculação à reserva do financeiramente possível, portanto, passa pela percepção de que todo direito fundamental, em alguma medida, depende de prestações positivas do Estado, com inevitável vínculo financeiro.

Em verdade, olhando-se para a realidade, percebe-se que mesmo se sabendo que por vezes falha o Estado em garantir o respeito ao direito à vida e à liberdade por deficiências no aparato subjacente de proteção e promoção³⁸, a fundamentalidade de tais direitos não é questionada como é a dos direitos sociais pela imaterialidade de uma prestação específica. Parece acertado, sob este aspecto comparativo, assumir-se que a dificuldade ou deficiência de uma prestação positiva específica não esvazia de conteúdo fundamental o próprio direito fundamental.

³⁵ Pereira, 2009, p. 86

³⁶ Novais, 2010, p. 94.

³⁷ *Ibidem*, p. 97.

³⁸ Tomando como exemplo clássico as inúmeras vezes que crimes contra a vida e contra o patrimônio são cometidos e evidenciam uma deficiência no aparato de prevenção e repressão estatal que deveriam garantir o seu não cometimento.

Portanto, a perspectiva comparativa das diferentes gerações de direitos fundamentais importa a rejeição da negativa de fundamentalidade aos direitos sociais com base na existência de uma dimensão economicamente relevante, ainda que se admita que é inevitável reconhecer-se que tal dimensão impõe elementos distintivos que emprestam aos direitos sociais uma disciplina jurídica peculiar, pelo seu considerável e predominante conteúdo positivo.

Quanto à indeterminabilidade do seu conteúdo e à necessidade de interposição legislativa, de forma semelhante, é de se reconhecer que efetivamente determinadas prestações materiais específicas deferidas ao cidadão necessitam de intervenção regulamentadora infraconstitucional para se tornarem concretas, como pela definição do escopo de determinado direito constitucionalmente previsto ou mesmo pela necessidade de planejamento e instrumentalização de uma política pública para sua prestação.

Ainda assim, de forma semelhante à crítica anterior, deve reconhecer-se que a prerrogativa deferida aos poderes legislativo e executivo de derivar do direito fundamental determinada prestação material específica por meio de intervenção regulamentadora não limita a existência precedente do próprio direito fundamental.

Para tal, é bastante perceber que os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, consistem em si uma reserva geral imanente de ponderação própria da sua conformação como princípios constitucionais.

Isso significa que do próprio texto constitucional, especialmente num contexto de ocorrência de restrições, são deriváveis *prima facie* pretensões de defesa, de proteção contra terceiros e de prestações materiais, de aspectos positivos e negativos, que se revelam em quatro manifestações principais de eficácia imediata.

A primeira manifesta-se sob uma dimensão negativa, que decorre da própria normatividade una, global e imediata da Constituição e, portanto, do sistema de direitos fundamentais nela positivados, traduzida na vedação de emendas tendam a eliminar direitos e a assunção deste como parâmetro de inconstitucionalidade de normas de *status* inferior.

A segunda, sob uma dimensão positiva, traduz-se no dever de legislar, uma vez que a previsão constitucional de direitos sociais, ainda que seu escopo específico e concreto esteja sujeito a condicionamento de reserva legislativa, não pode ser reduzida a um simples apelo ao legislador. A tal respeito Eurico Bittencourt Neto cita que “as normas constitucionais que consagram direitos sociais (...) não são normas programáticas, mas normas que instituem

deveres específicos de legislar”³⁹, atribuído como autêntico dever jurídico e político, denotando crítica à construção comumente atribuída a estes.

De forma complementar, tem-se a impositividade da progressividade de realização, imposição esta ínsita à configuração de um Estado de Direito democrático e social em que não se pode afirmar, sob pena de desconhecer seus objetivos fundamentais, que a construção do bem-estar não seja uma prioridade, não apenas política e social, mas também jurídica. Impõe-se reconhecer, portanto, autêntica imposição de deveres de promoção ao legislador e à administração, o que significa uma vedação de inércia dos poderes públicos ou, como define Daniel Hachem, a vedação a omissões atentatórias⁴⁰.

E, por fim, há de se reconhecer a assente proibição de retrocesso arbitrário, de forma que o legislador, ainda que tenha liberdade na eleição e conformação dos meios específicos para a concreção do direito (eleição de prestações materiais), não é livre para escolher não concretizar a dimensão prestacional dos direitos sociais, de forma que, por força de sua carga de eficácia imediata, além de impor o dever de legislar para sua eficácia plena, impede que, uma vez regulamentados, haja retrocesso arbitrário do patamar de concretização efetivado.

Nesta última dimensão, J. J. Gomes Canotilho teve expressiva tese sobre a fundamentalidade e defesa do grau de concretização de direitos fundamentais que foi incorporada na jurisprudência constitucional brasileira⁴¹, assim ilustrada nas palavras do autor:

(...) os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito *subjectivo*. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da *protecção* da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.⁴²

Indo além, Sarlet (2009, p. 121) defende que a proibição de retrocesso em um sentido amplo significaria “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de

³⁹ Bitencourt Neto, 2010, p. 160.

⁴⁰ Hachem, 2013, p. 207.

⁴¹ Dentre outras, podemos apontar as seguintes decisões do STF em que o princípio da proibição do retrocesso teve relevância: ARE n.º 745745 AgR/MG; ARE n.º 727864 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014, DJe-223, 12-11-2014); ARE n.º 639.337-AgR (Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011); RE n.º 398.041 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11-2006, Plenário, DJE de 19-12-2008).

⁴² Canotilho, 2003, p. 338-339.

medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”⁴³.

Isso posto, ainda que se reconheça a margem de decisão que cabe aos poderes legislativo e executivo na eleição de concretas opções materiais para a concreção dos direitos fundamentais, “a existência de reservas que condicionem intrínseca ou imanentemente a validade dos direitos fundamentais não é algo de estranho ou de incompatível com a respectiva natureza constitucional”⁴⁴, em especial por configurarem-se como reserva geral imanente de ponderação, configuração esta que decorre da sua eleição constitucional e da sua conformação como princípios, que tem como consequência, conforme explicitado, aspectos de eficácia plena e imediata que denotam a sua fundamentalidade.

Em verdade, a defesa da fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais passa, para além da negativa da exclusividade da vinculação financeira, pela percepção da emanção deste como garantias jurídicas que se impõem de forma vinculante aos poderes constituídos, especialmente tendo em vista seu carácter imanente de mandados de ação, otimização, proteção, promoção e direção que se impõem a todos os poderes constituídos como “opções do Constituinte (...) que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador”⁴⁵.

⁴³ Nesse sentido, aponta Sarlet: “Com efeito, desde logo se verifica que, num certo sentido, a garantia constitucional (expressa ou implícita) dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais vedações constitucionais de atos retroativos, ou mesmo – e de modo todo especial – as normas constitucionais, em especial, todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial, dispondo sobre o controle das restrições de direitos fundamentais, já dão conta de o quanto a questão da proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte dos órgãos estatais encontrou ressonância. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente à previsão de limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, em particular de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuscetíveis de abolição mediante a obra do poder de reforma constitucional, limites que também (embora, é certo, com significativa variação) já constituem um elemento comum ao Direito Constitucional latino-americano. De outra parte, importa referir o reconhecimento, como se verifica, com particular agudeza, no Direito Constitucional brasileiro, de um direito subjetivo negativo, ou seja, da possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, mesmo na seara das assim designadas normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas) ou normas impositivas de legislação, o que também aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição de retrocesso. Neste sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, o que está em causa é a possibilidade de, com base nas normas de direitos sociais, reconhecer posições subjetivas de carácter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.” (Sarlet, 2009, p. 121-122).

⁴⁴ Novais, 2010, p. 103.

⁴⁵ Sarlet; Figueiredo, 2010, p. 34.

Para além da demonstração dos efeitos diretos imediatos dos direitos sociais, no entanto, a defesa da fundamentalidade dos direitos sociais importa reconhecer todas as bases sobre o qual edificou-se o resgate histórico traçado: os direitos fundamentais formam em si um sistema uno e progressivo, de forma que não se pode considerar menos fundamentais os direitos sociais.

Tais como os “demais”, são fruto de conquistas históricas com íntima ligação com o constitucionalismo, de forma que a conformação como Estado constitucional de Direito importa reconhecer-lhes normatividade com aspectos próprios, mas igualmente advindos do processo de reconhecimento e proclamação constitucional,

Ainda assim, conforme enunciado, os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, não podem ser assumidos como posições absolutas, definitivas ou fechadas, de forma que, tendo em vista a necessidade de compatibilização com a “realidade constitucional”, deve coexistir com a limitabilidade de seu conteúdo e alcance, o que não lhes retira a fundamentalidade.

Em verdade, observa-se que o debate sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais não deve se desenvolver voltada somente à discussão da possibilidade de limitações, mas sim sobre a medida em que tais limitações são admitidas.

Assim, assumindo a sua normatividade decorrente de seu status constitucional e da carga mandamental de que decorre a sua consagração como direito fundamental, a limitação injustificada ou não razoável deve ser vista como uma violação ao conteúdo do direito fundamental e, portanto, tornar-se-á violadora na medida em que revelar-se atentatória ao caráter impositivo destes sobre todos os poderes constituídos.

Postas em linhas gerais as bases e os elementos fundantes dos direitos fundamentais, assumindo-se a conformação destes como garantias jurídicas que se impõem aos poderes constituídos com normatividade própria da carta constitucional, ainda que não limitados a seu texto e, em especial, a existência de elementos normativos distintivos e peculiares dos direitos, delineadas estão as raízes do debate sobre a justiciabilidade dos direitos sociais.

3 JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 ESCOPO DA JUSTICIABILIDADE E RELAÇÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS

O desenvolvimento introdutório traçado até aqui visava destacar essencialmente a ligação intimamente relacional entre os direitos fundamentais, o constitucionalismo e Estado de Direito, bem como que estes revelam-se como conquistas - e aqui utiliza-se o termo conquistas para enfatizar a consagração de posições jurídicas subjetivas em relação ao exercício do poder conquistadas pelos cidadãos coletivamente entendidos - na proteção de bens fundamentais da vida consagrados em determinado contexto, como elementos fundantes.

Assim, o historicismo que se visou destacar tinha como intenção precípua a conscientização histórica e socialmente contextualizada da consagração de proteção a bem fundamental a que se reclamava proteção pelo direito constitucional de determinado Estado, não devendo tal traço ser ignorado.

Nesse sentido, assumindo como premissa que a sua consagração, especialmente na medida em que constante formalmente da Constituição, representa marco normativo impositivo de dimensões negativa e positiva, como de adoção como parâmetro de interpretação e validade de normas inferiores, de vedação à sua abolição e de assunção como mandamento de promoção, proteção e concreção progressiva, é ponto de partida para o debate considerar-se a opção constituinte de eleição de determinado direito social como fonte inescusável de direito e como baliza de controle jurídico e político dos poderes constituídos.

Assim, a definição do conteúdo material de determinado direito fundamental a partir do texto constitucional e o debate sobre seu caráter normativo devem ter em premente consideração todos os aspectos destacados até aqui: historicidade contextualizada, base constitucional, progressividade, dialeticidade, dinamismo, não taxatividade e fundamentalidade.

Ressalta-se tais características, cujo desenvolvimento ocupou a parte inicial deste trabalho, a fim de tornar clara a necessidade de afastar-se de armadilhas argumentativas do senso comum de notória superficialidade, especialmente no que diz respeito a argumentos excessivamente utilitaristas, muitas vezes não embasados em dados concretos, que permeiam a discussão sobre justiciabilidade de direitos fundamentais e, especialmente, sobre os direitos sociais.

Em verdade, especificamente quanto aos direitos sociais, estes despontam como traço definidor da configuração de um efetivo Estado democrático social, conformando-se como

objetivo necessário que exprime, de um lado, a exigência da solidariedade social e pressupondo, de outro, a concreta efetivação das garantias, conforme pontua Celso Lafer:

É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo “*welfare state*”, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva “*ex parte populi*”, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.⁴⁶

Assim, a par das críticas já tecidas acerca da negativa ao reconhecimento de fundamentalidade aos direitos sociais e dos traços históricos distintivos dos direitos fundamentais, pertinente asseverar-se que os direitos sociais despontam como característica definidora de uma configuração estatal erigida por opção constituinte, de forma que a sua instituição não é um fato apartado casuístico, não é um elemento isolado, mas sim elemento fundante do processo de consolidação das bases e objetivos daquele aparato social, especialmente por possuírem conteúdo normativo de tutela de bem(ns) da vida fixados como essenciais.

Dessa forma, falar-se de fundamentalidade dos direitos sociais, seja esta entendida como força normativa, impositividade ou exigibilidade, a depender do caso concreto, imprescindivelmente liga-se à configuração de Estado que foi erigida por opção do poder que o constituiu, sendo, portanto, traço nuclear desta configuração.

Como num paralelo com a pirâmide de Kelsen, em que se vindica a compreensão de conceitos como moldura e norma fundamental (*grundnorm*) em sua Teoria Pura do Direito, a fundamentalidade dos direitos sociais, portanto, configuram-se efetivamente uma moldura interpretativa que advém da própria eleição e configuração do Estado social, de forma que derivações interpretativas que neguem tal fundamentalidade parecem, assim, negar normas fundamentais que, portanto, situar-se-iam fora da moldura.

Entretanto, ainda que acreditando-se na validade da construção, o argumento sob tal aspecto seria demasiadamente simplista e desconsideraria circunstâncias fáticas que, conforme já exposto neste trabalho, emprestam aos direitos sociais disciplina específica, própria da sua

⁴⁶ Lafer, 1988, p. 127.

natureza preponderantemente positiva e da sua dimensão economicamente relevante, definidos por Novais (2003, p. 569) como “constrangimentos inultrapassáveis da realidade constitucional”.

Assim, a rigidez da formulação deve ceder a partir da percepção da possibilidade e efetiva existência de restrições e limitabilidade do âmbito dos direitos fundamentais, o que se torna especialmente palpável quando se vislumbra a existência de colisão com outros princípios de estatura constitucional, ou mesmo a partir da reflexão de seu conteúdo à luz de institutos diversos de raiz constitucional, como a mutação constitucional e a interpretação do texto da constituição, conforme já enunciado.

A necessidade de “compatibilização de alcance e conteúdo” dos direitos fundamentais parece ser ligeiramente justificada a partir da teoria de Robert Alexy, que elege como premissa a configuração de direitos fundamentais como princípios, enunciando:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁴⁷

Portanto, a par da construção já trazida até aqui, parece ser acertado tomar-se como premissa que as cláusulas de direitos fundamentais, aí inclusos os direitos sociais, devem garantir a sua efetividade na maior medida possível das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização, o que revela que a reflexão acerca da sua efetividade prática material pode consistir “no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”⁴⁸, afastando-se de construções excessivamente binárias, de sim ou não, tendo em vista a referida necessidade de compatibilização.

Sob esta perspectiva, se passará a enfrentar a problemática básica central para o desenvolvimento do trabalho, tomando por base os conceitos e concepções traçados anteriormente, passando a fazê-lo de forma específica em relação aos direitos sociais. Para fazê-lo, a perspectiva de limitabilidade de tais direitos deve ser cotejada com as acepções práticas decorrentes de seu conteúdo preponderantemente positivo, da sua dimensão economicamente relevante e da reserva de eficácia material condicionada à eleição de meios concretos pelos poderes legislativo e executivo.

Conforme enunciado anteriormente, são factíveis e não violam a fundamentalidade e a normatividade dos direitos fundamentais de modo geral – e portanto dos direitos sociais - a

⁴⁷ Alexy, 2014, p. 90 – 91.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 96.

existência de limitações ao alcance e conteúdo de tais direitos, especialmente quando não se está a propor uma negativa completa de sua existência, tendo em vista que a negativa de uma prestação material específica derivada do direito fundamental não importa em desconsideração do próprio direito fundamental que lhe precede.

Entretanto, refinando-se o questionamento anteriormente formulado, qual será o limite das limitações que podem ser impostas ao direito fundamental para que não seja negada fundamentalidade ao próprio direito por esvaziamento do seu conteúdo?

Considerando a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais e de seu conteúdo preponderantemente positivo, em decorrência da qual a finitude de recursos orçamentários efetivamente constitui limite fático à sua concretização material, necessário analisar-se detidamente o uso do argumento de insuficiência de recursos orçamentários necessários à promoção efetiva e satisfatória destes direitos para negar-lhes concreção material.

Nessa perspectiva, o questionamento anterior, sob a roupagem da limitação orçamentária, torna a reflexão sobre quais fundamentos de fato e de direito justificam validamente que as limitações orçamentárias sejam fundamento de limitação do direito fundamental.

Em verdade, as restrições aos direitos fundamentais devem ter caráter excepcional e sempre dependente de justificação, conquanto conformem-se em cláusulas de assento constitucional, detém normatividade e exigibilidades próprias. E sob tal perspectiva é que em relação aos direitos sociais, porquanto fundamentais, a existência (ou imposição) de restrições, especialmente quando deficientemente fundamentada, tem naturalmente contraposta a si a configuração dos direitos fundamentais como norma que se impõe de forma vinculante a todos os poderes, ainda que tal conflito seja aparente e resolvível a partir de um teste de proporcionalidade.

Em matéria de direitos sociais, a exigência se recai especialmente sobre o poder executivo, responsável pela execução das prestações materiais correspondentes ao conteúdo positivo dos direitos sociais, ainda que a responsabilidade pela formulação de políticas públicas e adensamento do conteúdo dos direitos fundamentais se dê fortemente por meio da edição de leis.

Em termos práticos, o desenho formulado é que o poder executivo, pautando-se em balizas eleitas pelo poder legislativo a partir da formulação de políticas públicas, deva executá-las com base em um planejamento que deve levar em consideração os recursos naturalmente limitados.

Portanto, o embate entre restrição dos direitos sociais baseado na finitude dos recursos se torna aparente a partir do momento em que o cidadão, ou mesmo a coletividade difusamente considerada, necessitam de alguma prestação que não se encontra a sua disposição, que pode ocorrer por vários motivos, dentre os quais citam-se as hipóteses lógicas deduzida do ciclo de formulação e execução da política pública: (i) omissão legislativa na definição do escopo concreto do direito social; (ii) descumprimento pelo poder executivo da política fixada pelo poder legislativo por falta de planejamento executivo de efetivamente prestá-lo; (iii) negativa de disponibilização por contraindicação técnica (ausência de eficácia apurada por um procedimento de verificação) ou (iv) opção do poder executivo pela não prestação por assumida ausência de vantajosidade financeira orçamentária da sua disponibilização, tomada a partir da análise de um arranjo orçamentário global em cotejo com o impacto efetivo esperado.

Por qualquer dos motivos, sem aqui fazer-se um juízo meritório, a partir do momento em que há uma negativa prestacional, comissiva ou omissiva, o cidadão, sentindo-se lesado em seu direito fundamental garantido constitucionalmente, naturalmente deduz a sua pretensão material junto ao poder judiciário, de forma que a discussão da limitabilidade do direito social a partir de uma restrição concretamente existente, em que se analisa a existência de uma justificativa legítima para aquela restrição, traduz-se como objeto de manejo prático da justiciabilidade dos direitos sociais.

Para situar a discussão, parece pertinente fundamentar-se a opção pela análise inicial da “justiciabilidade” dos direitos fundamentais, e não tão somente a partir da “judicialização”, como muitas vezes o tema é tratado.

A expressão já é utilizada por um número expressivo de autores que tratam da matéria há considerável período de tempo⁴⁹ e é aqui tratada como “posição jurídica individual ativa de exigir do Estado, por meio da função jurisdicional, uma abstenção ou uma conduta positiva”⁵⁰.

A justiciabilidade, portanto, parece traduzir conteúdo de abrangência maior que a judicialização: enquanto este último volta-se para o problema da propositura de ações, a justiciabilidade volta-se para a análise dialogal entre propositura pelo indivíduo e resposta pelo judiciário, enfrentando a questão com viés de plausibilidade jurídica do apelo e, portanto, possibilidade de conhecimento deste e de concessão da tutela vindicada, a partir da análise da

⁴⁹ As primeiras menções encontradas na bibliografia foram em QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006 e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; Daniel SARMENTO (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵⁰ Bitencourt Neto, 2010, p. 131.

justificativa apresentada pelos poderes constituídos de não disponibilização da prestação vindicada.

Nesse sentido, pertinente a construção de Liana Lins, que trata a justiciabilidade como decorrência essencial da fundamentalidade e da vinculatividade das normas garantidoras de direitos fundamentais, pontuando:

Por isso, o reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais “com todas as consequências dessa natureza” (KRELL, 2002, p. 49) implica compreender quais são essas consequências. Concordando com as teses de Borowski (2003, p. 148) e Alexy (1997, p. 484-500), afirma-se que somente pode ser considerada norma de direito fundamental a posição que estiver protegida por uma norma vinculante. Assim, uma norma só pode ser chamada de vinculante quando for possível que a sua lesão seja conhecida pelos tribunais, ou seja, que seja justiciável.

(...)

É essa, aliás, a razão que nos leva a falar em justiciabilidade e não em exigibilidade. A despeito de as duas expressões serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que justiciabilidade seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade em juízo. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade.⁵¹

Isso posto, reconhece-se na justiciabilidade traço definidor da possibilidade do poder judiciário de conhecer do apelo referente à violação de direitos fundamentais, o qual deve partir da reflexão acerca das bases teórico normativas fundamentadoras dos direitos fundamentais, para então debruçar-se sobre os aspectos práticos decorrentes da sua instituição por meio de normas constitucionais, sem perder de vista uma análise consequencialista dos efeitos práticos decorrentes da intervenção judicial, como forma de reflexão sistematizada e completa sobre a questão.

Assim, falar de justiciabilidade de direitos fundamentais, especialmente no que concerne aos direitos sociais, ganha espaço e relevância quando existe uma violação material destes, ou um contexto de violação, verificável quando se observa a existência de inefetividade do comando constitucional, um *déficit* em relação a um patamar de concretização considerado razoável, juízo este que se utiliza, como parâmetros, as referidas dimensões de fundamentalidade já expostas.

⁵¹ Lins, 2009, p. 52-53.

Em verdade, existe uma dificuldade histórica há muito enfrentada pelos direitos sociais em relação à sua decorrente fixação de conteúdos, que é retratada da seguinte forma por Ingo Sarlet:

Aspecto que igualmente merece destaque diz com as efetivas dificuldades de proteção e realização que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais de segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais. Além disso, a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais a sua implementação em nível global depende de esforços integrados (por isso, direitos da solidariedade e fraternidade) dos Estados e dos povos. Mesmo a realização dos direitos fundamentais na esfera interna de cada Estado depende, em última análise (naturalmente em maior ou menor escala) desse esforço coletivo consagrado também nesse campo, a tese da interdependência dos Estados e a inevitável tendência ao reconhecimento da inequívoca e irreversível universalização dos direitos fundamentais e direitos humanos. Aliás, ainda que no âmbito dos direitos da primeira dimensão o déficit de efetivação seja mais reduzido (pelo menos se considerarmos a possibilidade amplamente reconhecida de sua exigibilidade judicial, é preciso reconhecer que também nessa esfera longe nos encontramos, mesmo entre nós, de um patamar que se possa considerar tendencialmente satisfatório. A vida, a dignidade da pessoa humana, as liberdades mais elementares continuam sendo espezinhadas, mesmo que disponhamos, ao menos no direito pátrio, de todo um arcabouço de instrumentos jurídico-processuais e garantias constitucionais.⁵²

Assim, o problema parece conduzir para a necessidade de uma análise e resolução gradativas que consigam traçar a definições sobre qual é a medida que permita afirmar a existência e inexistência de um “patamar tendencialmente satisfatório” de concretização, sempre com vistas à dimensão positiva automática dos direitos fundamentais de dever de promoção que se impõe aos poderes constituídos, reforçado pela vedação ao retrocesso.

A tal respeito, no entanto, a tarefa consiste num desafio que já ressaltou-se no presente trabalho, mas de forma diversa: ainda que tais traços não lhe retirem a fundamentalidade, ainda é preciso ter em mente a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais, de forma que as limitações orçamentárias efetivamente constituem-se em limite fático à sua concretização e plena fruição, bem como é preciso reconhecer aos poderes legislativo e executivo legítima margem de conformação do direito fundamental, especialmente no que concerne ao conteúdo das prestações materiais correspondentes e às prerrogativas de organização e planejamento das formas de prestação.

Assim, a justiciabilidade de direitos sociais consiste em si um problema complexo, uma vez que significa interferência judicial na eleição de meios e formas de implementação de prestações materiais necessários à concretização de direitos fundamentais sociais frente ao

⁵² Sarlet, 2021, p. 54-55.

reclame de ausência de uma prestação específica, o que representa um forte ponto de tensão entre os poderes, especialmente em situações em que não se está diante de uma deliberada omissão administrativa de cumprimento de políticas fixadas pelo legislativo, mas sim diante de uma lacuna de fixação de conteúdos materiais específicos e pontualmente reclamados por indivíduos por meio de ações judiciais individuais fundamentadas em cláusulas constitucionais gerais.

Sobre tais bases, é necessário perceber-se para o debate que os direitos sociais que estes, ao demandarem prestações materiais e normativas que implementem o esforço organizacional necessário à sua efetivação concreta, tem contrapostos à tal dimensão concretizadora, sob fundamento de limitações, à cláusula da reserva do possível, instituto inspirado no direito alemão, que revela-se ativo a partir da preponderância da dimensão economicamente relevante e do conteúdo positivo das prestações concretas correspondentes aos direitos sociais, que os empresta contornos específicos.

Isso porque a finitude de recursos orçamentários efetivamente constitui limite fático à concretização material desses direitos, tendo em vista que, em decorrência da preponderância de sua dimensão prestacional, estes dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que se localiza no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público e na fixação de meios adequados para a sua efetivação.

A par de tal constatação, surge preponderante reflexão sobre os “limites à limitabilidade” dos direitos sociais: sendo estes fortemente dependentes de disponibilidade orçamentária em sua acepção positiva e sendo a disponibilidade orçamentária vinculada ao campo discricionário político dos poderes sintetizado no orçamento, mas sendo os direitos fundamentais normas impositivas sobre todos os poderes, seria tolerável a opção discricionária de não eleição das políticas necessárias à tornar concretos os direitos sociais como detentoras de prioridade orçamentária?

E de forma específica, sendo a eleição dos meios concretos e específicos de execução de determinada política pública vinculada ao planejamento desta, existiria um limite de tolerância à discricionariedade de não eleição / execução de prestações materiais específicas derivadas de direitos sociais reclamadas pelo cidadão? Refinando-se: a Constituição tutela a opção de não concreção de determinada prestação material derivada de um direito fundamental social? E neste caso, como traçar-se-ia tal limite?

Em verdade, o que se observa é que, ainda que admitindo-se limitações, a premente necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, a qual pressupõe a garantia de fruição de direitos fundamentais em nível que garanta o necessário a uma existência digna, tornou prioritária a necessidade de proteção ao “mínimo existencial”, instituto derivado da teoria alemã que se conforma como verdadeira garantia de fundo constitucional de um padrão mínimo da satisfação das necessidades pessoais à consagração da vida.

Atuando como um núcleo essencial de direitos, a referência ao mínimo existencial ganha espaço central quando se trata do tema da exigibilidade judicial dos direitos sociais com base diretamente no texto da Constituição, tornando-se ativo com o propósito de garantir o necessário a uma existência digna, o que dá base ao reclame de prestações positivas do Estado no que diz respeito aos direitos sociais.

Portanto, justificando-se a estruturação do trabalho, a análise da justiciabilidade de direitos fundamentais merece reflexão tanto conceitual, que neste ponto ancora-se nas bases fundantes dos direitos fundamentais estruturadas inicialmente, e avança até a análise de aspectos práticos decorrentes dos processos judiciais.

Assim, o debate sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, da vedação à inércia e ao retrocesso, das bases do constitucionalismo, do Estado de direito e da força normativa do texto constitucional se encontram com a discussão acerca do conteúdo e alcance do mínimo existencial, especialmente quando oposta a reserva do possível às demandas que reclamam a sua concretização, para formar o cerne do debate sobre a justiciabilidade e exigibilidade de prestações materiais com fundamento direto nos direitos fundamentais elencados texto constitucional.

Tornando-se ativo o conflito especialmente quando observada alguma falha no funcionamento regular do sistema de direitos fundamentais, a imposição de garantias mínimas de existência digna é responsável pela conformação do mínimo existencial como reserva de eficácia material direta, ainda que se reconheça o papel da função legislativa na definição de meios de concretização das prestações positivas e do poder executivo no planejamento e execução da política pública necessária para a efetivação do direito.

Sob tal perspectiva, tomando por base o demonstrado ponto de tensão encerrado na justiciabilidade dos direitos sociais, analisar-se-á o problema a partir de uma reflexão acurada dos institutos em conflito, traçando um apanhado histórico sobre o papel das cortes na proteção de direitos fundamentais, especialmente por meio do aprofundamento da reflexão sobre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, a fim de que se possa entender o que

compõe direito subjetivo justiciável, uma vez que a fixação judicial de condutas estatais positivas não deve ser a regra, mas sim a exceção ao postulado da separação dos poderes.

3.2 RESGATE HISTÓRICO DA SUA FORMULAÇÃO DOS CONCEITOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

3.2.1 Nota metodológica sobre a “importação” de conceitos

Antes de prosseguir-se com a reflexão acerca dos institutos que se visa analisar, os quais são tomados do direito alemão como ponto de partida para reflexão acerca do direito e práticas constitucionais brasileiros, uma breve nota sobre o uso do direito comparado se faz pertinente.

Autores como Pierre Legrand, Mark Tushnet e Sujit Choudry analisam a utilização do direito comparado para a reflexão constitucional doméstica e alertam que, apesar do consenso geral de que está ocorrendo uma migração em grande escala de ideias constitucionais, muitos são os cuidados metodológicos que precisam ser tomados para validar uma técnica comparativista, especialmente tendo em conta a existência de fatores socioculturais e políticos diversos em comparação que devem considerados ante “tendências universalizadoras”.

O alerta consiste essencialmente na forma como a assimilação do direito externo deve se dar, especialmente considerando que tais movimentações de uma ordem constitucional para outra inspiram reflexões acerca de questões como a legitimidade democrática da utilização de solução cunhada a partir de um aparato constitucional diverso, bem como a percepção de que a interpretação conferida em contexto diverso possui carga cultural enraizada que não pode ser transposta, devendo a “importação” ser sopesada tais enfoques.

De forma aparentemente redundante, é dizer que a utilização de ideias, conceitos, institutos ou mesmo interpretações cunhadas em sistema constitucional diverso devem ser lidos com a consciência de que estes foram cunhados em um sistema constitucional diverso.

Diz se aparente, pois no dia a dia da interpretação do direito, com ênfase para a prática judicial, aí compreendidas postulações e decisões judiciais, observa-se a indistinta invocação de “fórmulas prontas estrangeiras” para uso nacional como parâmetros interpretativos binários de certo e errado, como se a solução estrangeira fosse a única aceitável para aquele instituto.

Sob a perspectiva que aqui se busca enfatizar, a utilização de conceitos e institutos com fonte no direito estrangeiro não devem ser utilizados como parâmetros interpretativos prontos e estanques a partir da formulação cunhada externamente, tendo em vista que a

interpretação nacional deve ser formulada com vistas e consideração ao sistema constitucional em que se encontra inserido, dotado de traços identitários próprios.

É dizer: um instituto específico, que nada mais é do que o produto interpretativo de conceitos e premissas organizados a partir de uma moldura, cujos limites são fixados por determinada ordem jurídica instituída, deve ser harmonizado com princípios gerais ordenadores e regras próprias daquela ordem específica para a sua aplicação. Assim, um mesmo instituto, cunhado a partir dos mesmos conceitos e premissas, poderá assumir contornos diferentes em sistema diverso, uma vez que a moldura interpretativa, princípios e regras ao redor dos quais a interpretação se dará serão, em igual medida, diversos.

Para reforço do ponto que se visa destacar, retoma-se a noção histórica que se dedicou a parte inicial deste trabalho para asseverar-se que a interpretação do direito, ainda que diante de vocábulos que traduzidos apontam para um mesmo instituto, não pode receber interpretação concreta que pretenda negar ou eliminar a influência do contexto em que se encontra inserido, tendo em vista a necessidade de se ter uma consciência histórica e socialmente contextualizada para a reflexão, especialmente se tratando de complexas temáticas de fundo constitucional, citando para tal citando o exemplo do “Estado de Direito”, que mesmo exprimindo uma ideia subjacente comum, possuiu em cada contexto uma conotação fundante subjacente substancialmente diversa.

Adere-se, pois, à crítica formulada por Pierre Legrand acerca da impossibilidade dos “transplantes jurídicos”, com especial enfoque na carga semântica que o vocábulo produz, que evidencia a impossibilidade de transposição “pura e simples”, como se esta se desse de forma dissociada com o contexto de origem e de destino, descrita pelo autor da seguinte forma:

Nenhuma forma de palavras que pretenda ser uma regra pode existir completamente desprovida de conteúdo semântico, pois nenhuma regra pode existir sem significado. O significado é um componente essencial da regra: ele participa de sua condição de regra [*ruleness*]. O significado de uma regra, no entanto, não é totalmente fornecido pela própria: uma regra nunca é completamente autoexplicativa. (...) Mas o significado é também – e, talvez, principalmente – uma função da aplicação da regra pelo seu intérprete, da concretização ou instanciação nos eventos que a regra tenciona governar. Essa atribuição de significado está predisposta pela forma como o intérprete compreende o contexto em que a regra surge e pela maneira como este molda suas perguntas, esse processo sendo em grande parte determinado por quem o intérprete é e onde está (...).⁵³

Isso porque, tendo em vista que as regras encontram seu sentido subjetivamente condicionado pelo contexto cultural e social em que está inserido⁵⁴, é necessário admitir-se que

⁵³ Legrand, 2014, p. 17.

⁵⁴ “É mais preciso, portanto, pensar a interpretação como um fenômeno ‘intersubjetivo’ no sentido em que é o produto da subjetividade do intérprete na medida em que interage com a rede de todas as subjetividades dentro de

esta sofre inevitável influência do contexto em que se insere, de forma que a ressalva ora posta serve para enunciar que não se pretende aqui encontrar um padrão interpretativo que imponha uma unidade a experiências efetivamente díspares ou mesmo valorar se os institutos foram melhor aplicados ou interpretados na realidade brasileira ou alemã.

O objetivo da contextualização, em verdade, como o parece ser de todo o direito comparado, é denotar que o objetivo do trabalho é trazer à discussão elementos de semelhanças e diferenças para a formação de um quadro analítico que permitam uma compreensão detalhada de como diferentes contextos culturais, sociais e políticos lidam com dilemas constitucionais que são assumidos como comuns⁵⁵, analisando-se a forma como está se dando a reflexão no bojo da doutrina e na produção jurídica brasileira a par dos institutos e soluções jurídicas cunhados pelo direito estrangeiro, notadamente no que diz respeito ao direito alemão.

Assim, abre-se este pequeno parêntese metodológico para se deixar claro que a crítica que aqui se objetiva traçar deve ser sensível ao contexto próprio de cada uma das nações, com consideração a fatores históricos, culturais, políticos e institucionais que desempenham um papel importante na determinação da viabilidade, alcance e profundidade de qualquer possível adaptação de normas constitucionais importadas.

Por tais motivos, destinou-se parte deste trabalho à contextualização histórica e sociocultural da Alemanha, ainda que de forma breve, a fim de que a análise crítica proposta da utilização de institutos de origem estrangeira pela jurisdição brasileira seja feita com as devidas cautelas de se levar em conta as diferenças com o contexto brasileiro, bem como à forma de disposição dos direitos fundamentais pela nossa Constituição.

3.2.2 Contexto social da implementação dos direitos fundamentais na Alemanha

uma comunidade interpretativa que, ao longo do tempo, é fundamentalmente constitutiva dos valores articulados daquela comunidade e sustenta a identidade cultural daquela comunidade” (Legrand, 2014, p. 20)

⁵⁵ Nesse sentido, destaca Ran Hirschl: “*Comparative scholarship has more to offer than self-reflection or normatively driven advancement of cosmopolitan values through comparative reference. Comparison is a fundamental tool of scholarly analysis. It sharpens our power of description, and plays a central role in concept formation by bringing into focus potential similarities and differences among cases. This end is precisely the rationale of a third (and arguably more sophisticated) type of comparative inquiry that is meant to generate rich concepts and analytical frameworks for thinking critically about constitutional norms and practices. This is done mainly through a quest for detailed understanding of how people living in different cultural, social, and political contexts deal with constitutional dilemmas that are assumed to be common to most modern political systems.*” (Hirschl, 2006, p. 43)

A formulação dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível origina-se das reflexões e decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão acerca dos direitos fundamentais na Alemanha sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949.

Pertinente contextualizar-se que somente sob a Lei Fundamental tais direitos atingiram uma condição de efetividade, após um histórico de conotação fraca que tiveram na República de Weimar (1918-1933), quando permaneceram em grande parte como meras promessas pela inexistência de suporte institucional, seguidos por um período de total suspensão durante a era nazista (1933-1945).

Assim, a edição da Lei Fundamental de Bonn e com ela a reformulação dos direitos fundamentais na Alemanha deu-se num contexto de uma democracia imatura, que não confiava em si tendo em vista a pecha do *sonderweg*, conceito que se traduz como o “caminho especial” seguido pela Alemanha, em uma autocrítica ao caminho desastroso de antiliberalismo, autoritarismo, ditadura, guerra e dos horrores do Holocausto pelo qual passou a Alemanha enquanto outras nações progrediam.

Tal marca histórica levou os criadores da Lei Fundamental a procurar tornar imune a essência democrática da República, prevendo escudos constitucionais contra o radicalismo, inclusive com sanções de perda de direitos e banimento a pessoas e partidos políticos que atacassem a ordem básica democrática livre.

A herança de inefetividade dos direitos em Weimar e a suspensão total deles durante o período nazista levou ainda os autores da Lei Fundamental à conclusão de que não era suficiente promulgar uma declaração de direitos, sendo também necessário apoiá-los institucionalmente.

Sob tais compromissos, os autores da Lei Fundamental consideraram a proteção dos direitos fundamentais como uma preocupação da mais alta prioridade, com a forte intenção de usar a lei constitucional como mecanismo de prevenção à repetição da história e, sob tais anseios, estabeleceram o Tribunal Constitucional Federal.

Aliado à criação do Tribunal, a Lei Fundamental declarou os direitos fundamentais como lei diretamente aplicável, vinculando os poderes legislativo, executivo e judiciário, bem como fixando-os como “o caminho da lei”, como um gesto em direção ao tribunal, dotando-o de poderes para decidir todas e apenas controvérsias constitucionais, incluindo revisar a constitucionalidade dos atos do estado, inclusive legislativos, que violassem a Lei Fundamental.

Entretanto, não foi o mero estabelecimento do tribunal com assento constitucional e competência para interpretar o novel diploma de direitos fundamentais que, por si, só explica o

fortalecimento dos direitos fundamentais e da consolidação do tribunal em força e autoridade na Alemanha.

A esse respeito, seguindo a linha crítica histórica que tem se seguido neste trabalho, oportuno abrir um rápido óbice crítico acerca de uma correlação mútua automática entre cortes constitucionais e democracia traçado por Tom Ginsburg e Tamir Moustafa, pelo qual estes denunciam que, ainda que em grande parte as cortes constitucionais tenham contribuído para a consolidação e o desenvolvimento de regimes democráticos, seria uma falácia de que estas são sempre simpatizantes de regimes democráticos ou que sempre atuam em direção à democracia.

Nesse sentido, os autores destacam que observou-se o uso dos tribunais em estados autoritários para funções como estabelecimento do controle social e do controle de adversários políticos; como instrumento de reforço da existência de um regime com legitimidade “jurídica”; como fortalecimento da ideia de cumprimento de normas administrativas dentro do mecanismo burocrático do Estado; para resolução de problemas de coordenação entre facções dentro do mesmo regime; e mesmo como instrumento de legitimação da implementação de políticas controversas de modo a manter a política distante dos elementos centrais do regime⁵⁶.

Portanto, não é impossível uso das cortes para a concentração de poder, como meio de obter e exercer autoridade política autoritária com um “verniz” de legitimidade, por meio do uso retórico da independência judicial, do Estado de Direito, da democracia e do constitucionalismo para implementar reformas com aparência democrática, mas que em verdade contêm teor autoritário e restritivo.

Em outra passagem, Ginsburg destaca que a atuação dos Tribunais Constitucionais em transições democráticas da mesma forma que podem ajudar a transformar o processo político, estimulando a consolidação da democracia ou mesmo desencadeando o próprio processo de democratização por meio de incentivos à mobilização, também podem atuar policiando transições para preservar políticas do regime autoritário ou mesmo atuarem como atores marginais, que não facilitam nem impedem uma transição para a democracia⁵⁷.

Percebe-se, portanto, que as cortes constitucionais podem ter diferentes relações com os regimes e com a limitação do poder, que prossegue sendo o cerne dos direitos fundamentais, de forma que, segundo os citados autores, não seria possível se estabelecer uma relação de necessidade entre democracia e crescimento da revisão judicial. O nível de judicialização e

⁵⁶ Ginsburg; Moustafa, 2008.

⁵⁷ Ginsburg, 2012.

o grau de intervenção do Judiciário na política dependem muito do tipo e da intensidade da relação entre juízes e elites políticas.

Ainda assim, Ginsburg conclui que a atuação do poder judiciário de forma geral, especialmente no que concerne à atuação das cortes constitucionais ativamente, é vista positivamente como um arbitramento de conflitos políticos e manutenção da arena democrática de disputas entre os poderes que denotariam menor propensões de rupturas⁵⁸.

Quanto ao caso alemão, o que se observa do Tribunal Constitucional é que este, aliando as competências conferidas pela Lei Fundamental e a atuação estratégica frente aos casos que alçaram à Corte, paulatinamente moldou e enraizou as bases de sua autoridade institucional, conquistando independência em relação aos demais poderes, se autoproclamando instituição guardiã da constituição. Em verdade, a atuação dialogal estratégica da corte, sopesada a partir de acontecimentos sociais e dos casos submetidos à análise do tribunal, deram sustentáculo ao exercício da autoridade judicial e, *pari passu*, ao fortalecimento dos direitos fundamentais a partir de rigorosa reflexão sobre estes.

Contextualizando o ambiente e atmosfera de instauração da corte, analisa Justin Collings:

*The Court benefited institutionally from having been planted in pre-democratic soil. In the jaded, suspicious environment of postwar West German politics, and in the legitimacy vacuum left by the discredited and departed elites of the fallen regime, the Karlsruhe justices emerged as neutral, non-partisan experts—stable, trustworthy guardians of a new and fledgling order. One of the Court's greatest early contributions was to help democratize the culture that surrounded it. Ironically, it often did so by constraining democratically elected actors. But the net gain to democracy was positive, and the net gain to liberal values and fundamental rights was enormous.*⁵⁹

Assim, as reflexões acerca dos direitos fundamentais na Alemanha, especialmente a partir das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, devem ser vistas sob a ótica de uma Corte à qual foi confiada a missão de reestabelecer o direito numa Alemanha traumatizada pela supressão dos direitos.

⁵⁸ “Is judicial review a good thing for democracy? The case studies presented here have suggested that on balance the answer is yes. Judicial review can deepen the constitutional order and contribute to the consolidation of the democratic system. By providing a nonpartisan forum that issues authoritative pronouncements drawn from the fundamental text, judicial review encourages losers in the legislative process to bring their disputes to court, increasing the likelihood that they will remain loyal to the constitutional order. Judicial review provides an alternative channel for those out of power, be they aspiring Democrats or erstwhile authoritarians.” (Ginsburg, 2003, p. 262)

⁵⁹ Collings, 2015, p. xxxvi.

Boa parte dessa consolidação da Corte, ocorrida entre 1951 e 1959, conforme análise histórica feita por Justin Collings⁶⁰, deu-se a partir do caso Luth, em que a corte foi instada a decidir acerca do alcance do direito fundamental à liberdade de expressão em razão de uma crítica publicada por Erich Luth contra um filme produzido por Veit Harlan, diretor de filmes de propaganda nazista, que deu origem a um boicote à produção cinematográfica.

O caso aportou ao tribunal após a condenação de Erich Luth pelo tribunal distrital de Hamburgo, que negou a defesa de Luth pautada no direito à liberdade de expressão por entender que os direitos fundamentais não se aplicariam às relações privadas, tão somente às relações com o Estado.

A partir do caso Luth, o Tribunal Constitucional Federal alemão, reformando o entendimento, conduziu um exame aprofundado do caráter de direitos fundamentais para fixar que estes vinculavam todas as relações sociais e não somente a mantida entre cidadão e Estado, proclamando então a sua faceta de princípios constitucionais objetivos, de decisões de valor que implicariam uma ordem objetiva de valores que se irradia para todas as outras esferas da lei e das relações sociais, ampliando consideravelmente o seu escopo⁶¹.

Após a decisão do caso Luth, a leitura dos direitos dispostos na Lei Fundamental sofreu significativa modificação de sua valoração, sendo então rejeitada a ideia de neutralidade ou aceção meramente negativa para entender a seção sobre os direitos fundamentais como uma “ordem objetiva de valores, e essa ordem reforça fortemente o poder efetivo dos direitos fundamentais; este sistema de valores, centrado na dignidade da personalidade humana, que se desenvolve livremente no seio da comunidade social, deve ser encarado como uma decisão constitucional fundamental que afeta todas as esferas do direito” conforme pontuam Kommers

⁶⁰ Justin Collings, em sua obra *Democracy's Guardians – A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*, realiza uma análise histórica da atuação do Tribunal Constitucional Federal alemão, dividindo em 5 períodos: Consolidação (1951-1959), confiança (1959-1971), confrontação (1971-1982), continuidade (1982-1990) e República de Karlsruhe (1990-2001). A obra de forma extremamente rica em detalhes demonstra toda a evolução do posicionamento do tribunal a partir das interações políticas, sociais e econômicas da Alemanha, fazendo um retrato das manobras estratégicas da corte consolidação e manutenção do seu poder.

⁶¹ Analisando os efeitos da decisão do caso, cita Dieter Grimm: “*It started uncontroversially by stating that in the first place fundamental rights are subjective rights of the individual against the state. But it then continued to say that this function was not the only one and that fundamental rights are also a legal expression of values which society has deemed to be material to the political and social order and as such are objective legal principles of the highest rank. In this capacity as objective principles, fundamental rights are not limited to the citizen–state relationship. They permeate the whole legal order and do not stop short of penetrating private law. (...) According to the Court, provisions of private law have to be interpreted ‘in the light’ of the respective fundamental right if the application of private law has restrictive effect on a fundamental right—like in the Lüth case. The fundamental right ‘radiates’ to private law.*” (Grimm, 2016, p 174)

e Miller, o que serviria de parâmetro para medir e avaliar todas as ações da administração pública, ainda que sobre a criação e aplicação das leis⁶².

Perceba-se assim que existe um compromisso concretizador proclamado pela carta constitucional, dotando de força normativa as cláusulas definidoras de direitos fundamentais tanto por disposição textual como por suporte institucional, papel este assumido pelo Tribunal Constitucional.

Conforme defendeu-se em momento anterior, a assunção dos direitos fundamentais como princípios objetivos denota o alinhamento com a defendida irradiação *prima facie* de efeitos negativos e positivos destes a partir do seu reconhecimento constitucional, com especial eficácia de parâmetro constitucionalidade imposto aos atos de todos os poderes constituídos.

Sob essa ótica concretizadora e diretiva dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Alemão fixou os institutos que servem de base para a reflexão sobre a exigibilidade direta dos direitos fundamentais e que serão a seguir expostos de forma específica.

3.2.3 Formulação da reserva do possível

Feito o recorte histórico para situar o contexto no qual deu-se a discussão sobre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, passa-se então aos casos específicos a partir dos quais esses foram moldados.

Primeiramente, em relação à reserva do possível, Luiz Fernando Sgarbossa⁶³ traça recorte histórico em sua obra que, sem negar a relevância dos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, reconhece na tradição medieval do *secundum vires* ou *nec ultra vires* os antecedentes históricos da reserva do possível, traduzida como a “tradição de que as comunidades deveriam cuidar convenientemente dos seus pobres na medida de suas forças”.

Em recorte mais atual, Sgarbossa remete ainda ao dissenso ocorrido na Assembleia Geral das Nações Unidas ocorrida em 1951, que deu origem à elaboração do Pacto Internacionais dos Direitos Civis e do Pacto Internacional dos Direitos Políticos e dos Direitos

⁶² Em tradução livre, adaptada: “*It is equally true, however, that the Basic Law is not a value-neutral document. Its section on basic rights establishes an objective order of values, and this order strongly reinforces the effective power of basic rights. This value system, which centers upon dignity of the human personality developing freely within the social community, must be looked upon as a fundamental constitutional decision affecting all spheres of law, both public and private. It serves as a yardstick for measuring and assessing all actions in the areas of legislation, public administration, and adjudication.*” (Kommers; Miller, 2012, p. 444)

⁶³ Sgarbossa, 2010. p. 127-133.

Econômicos, Sociais e Culturais, como manifestação da oposição entre as “gerações de direitos fundamentais”. Na oportunidade, como reflexo do contraposto de posicionamentos ideológicos entre nações capitalistas e socialistas, restaram denotadas explicitamente objeções ao adimplemento dos direitos sociais, fundadas em argumentos de ordem econômica de impossibilidade por insuficiência de recursos, o que pôde ser observado inclusive na redação deste segundo pacto.

Isso porque o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fixou em seu artigo 2º, inciso 1, que “cada Estado Parte (...) compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis”⁶⁴.

Observa-se, pois, que já desde o desenvolvimento e fortalecimento do *welfare state*, percussor dos direitos sociais e econômicos ocorridos na segunda metade do século XX, no período pós segunda guerra mundial, a promoção efetiva dos direitos sociais sempre teve opostas a si reservas de cunho orçamentário, o que não se pontua como uma característica negativa de todo, tendo em vista a já assumida preponderância da dimensão economicamente relevante de tais direitos.

Ainda que se reconheça a presença de inspiração comum da formulação sintetizada na reserva do possível em tais passagens, a doutrina majoritária aponta que realmente coube ao Tribunal Constitucional Federal alemão a reflexão com maior densidade que deu origem à reserva do possível, quando apreciou o caso *numerus clausus I* (BVerGE 33, 303, de 1973)⁶⁵.

No caso que aportou à Corte, questionava-se a constitucionalidade da adoção do sistema *numerus clausus*, que limitava o número de vagas ao ensino superior e criava formas de seleção entre os aplicantes. Assim, aqueles que não haviam sido admitidos em função de insuficiência de vagas buscavam pela via dos tribunais a garantia do acesso a vagas em universidades de medicina.

O caso desembocou na corte com uma consequência da superlotação das universidades na Alemanha a partir de meados da década de 1960, tendo o número de alunos mais que dobrado, sem o acompanhamento da expansão das faculdades, revelando deficiente o sistema educacional alemão.

⁶⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm, acessado em 29/06/2022.

⁶⁵ Segundo Donald Kommers, Russel Miller e Justin Collings, estudiosos do constitucionalismo que realizaram em suas obras uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a teoria teria sido complementada e reafirmado nos casos *Hochschul-Urteil* (BVerGE 35, 79, de 1973) e *numerus clausus II* (BVerGE 43, 191, de 1977).

O apelo fundava-se na garantia da livre escolha da profissão, local de trabalho e centro de formação, garantidos pela Lei Fundamental de Bonn, discutindo-se então se haveria a obrigatoriedade de se garantir acesso a vagas de ensino superior.

Ainda que admitindo a proibição de discriminação na admissão de candidatos por força do texto fundamental, condensando então a teoria da reserva do possível, o Tribunal Alemão firmou entendimento de que o cidadão só poderia exigir do Estado e da sociedade aquilo que razoavelmente se pudesse esperar, assim o fazendo com um expresso apelo à “necessidade de racionalidade nas expectativas individuais baseadas em direitos fundamentais, sendo tal apelo feito dentro do contexto da tensão entre indivíduo e sociedade, e sempre informada pela compatibilidade ou incompatibilidade das demandas para com a ideia de Estado Social”⁶⁶.

Entretanto, ainda que solução do tribunal tenha validado a existência de limitações às expectativas individuais atentando-se às exigências de capacidade e equilíbrio, fixou que tais limitações só eram admissíveis se fossem dotadas de racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade, entendendo ainda que a Lei Fundamental estaria sendo respeitada na medida do fornecimento de iguais oportunidades mínimas suficientes.

A tal respeito, observa-se que a leitura e interpretação da decisão deve ser feita de forma acurada e cuidadosa.

Isso porque sem perder de vista que efetivamente, conforme já pontuado, as limitações orçamentárias constituem-se em si limite material à concretização dos direitos fundamentais, a formulação da cláusula da reserva do possível não pode ser degenerado como uma ressalva aberta de limitações financeiras aptas a justificar omissões na promoção de direitos fundamentais instituídos⁶⁷.

Justin Collings, fazendo uma análise acurada da decisão, destaca que esta significou, para além da leitura clássica de admissão de limitações, uma imposição ao Estado de conferir aos cidadãos oportunidades de fruição dos direitos fundamentais, consentânea à preocupação

⁶⁶ Sgarbossa, 2010, p. 137.

⁶⁷ Em severa crítica ao uso das limitações orçamentárias especificamente quanto aos direitos sociais, pontua elucidativamente Jorge Reis Novais, fazendo contraponto com os direitos de primeira dimensão: “Basta atentar, já noutra âmbito, o que se passa com o esforço financeiro não menos significativo que o direito a um julgamento justo e equitativo e as práticas de Estado de Direito no domínio da investigação criminal implicam. De facto, quando, por exemplo, as forças policiais prolongam os processos e o tempo necessário para a descoberta da verdade com integral respeito dos direitos dos detidos ou dos acusados em processos de investigação policial, imediatamente ocorre a comparação com a poupança de recursos que seria proporcionada com as anteriores e comuns práticas de obtenção de confissões através da tortura.” (Novais, 2010, p. 95-96). Indo mais além no contraponto: “Porém, a partir do momento em que se evidenciam os custos dos direitos de liberdade, que não são menores que os envolvidos para realizar adequadamente dos direitos sociais, a questão (política) deque se suscita é essa: por que razão o Estado pode e deve ir ao erário público para defender o direito de propriedade e investir aí somas avultadíssimas, mas não teria já a idêntica legitimidade ou obrigação de fazer o mesmo relativamente, por exemplo, ao direito à *protecção* à saúde?” (Novais, 2010, p. 114-115).

com a dimensão de efetividade e concretude, a partir do qual nascia a compreensão de que os “direitos não apenas defendiam o indivíduo contra a agressão do Estado e irradiavam contra o abuso de terceiros, eles garantiam a participação nos benefícios do estado” ao qual somente seria admitida limitação caso existisse uma fundamentada necessidade pública mais urgente⁶⁸.

Portanto, já inicialmente, como ponto de partida, observa-se que a formulação inicial da reserva do possível desde sempre se conformou como um apelo à razoabilidade e proporcionalidade acerca da capacidade promotora de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos por força constitucional.

No contexto dos direitos fundamentais sociais, traçando-se um paralelo com teoria de Robert Alexy, a cláusula da reserva do possível conformar-se-ia assim num parâmetro interpretativo intermediário para a formação de regras específicas a partir de princípios: para a formação da regra concreta (direito à prestação material específica) a partir do direito fundamental, este dotado de caráter de princípio, é necessário ter-se em conta, ao mesmo tempo, a limitação dos recursos e a noção de que a limitação ao alcance e conteúdo do direito fundamental só será admitida mediante uma justificativa razoável e proporcional.

Já neste momento, portanto, observa-se que a reserva do possível não é formulada em contraposição aos direitos fundamentais, mas sim como parâmetro de necessária relevância na reflexão acerca da densificação de conteúdos específicos a partir destes, especialmente quando reclamadas prestações positivas a serem garantidas pelo Estado.

3.2.4 Formulação inicial do mínimo existencial

Passando então ao apanhado histórico sobre o mínimo existencial, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo⁶⁹ situam que a noção de um direito fundamental às condições materiais que assegurem vida com dignidade teve a sua primeira importante elaboração dogmática e reflexão jurisprudencial na Alemanha, a partir dos dispositivos contidos na Lei Fundamental de Bonn, ainda que esta não consagrasse em seu texto direitos sociais típicos de cunho prestacional.

⁶⁸ Collings destaca seguinte trecho: “*The more strongly the state applies itself to the social security and cultural advancement of its citizens*”, *the justices wrote, ‘the more the relationship between citizen and state will be marked, alongside the original fundamental-rights postulate of securing liberty against the state, by the complementary demand that participation in state services be secured by fundamental right’*. (Collings, 2015, p. 128)

⁶⁹ Sarlet; Figueiredo, 2010.

Atribui-se a Otto Bachof a primeira defesa de que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, sob uma dimensão negativa do direito fundamental, mas também um mínimo de segurança social como postura ativa no sentido de garantir uma vida digna, remontando a uma decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, de 1954, como a primeira decisão judicial que reconheceu direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, o que teria sido seguido pelo Tribunal Constitucional Federal em precedente datado de 1975⁷⁰.

Consagrou-se entendimento que a garantia de condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais obrigações.

No conceito, estariam compreendidos tanto o mínimo fisiológico, que abrangeria as condições materiais mínimas de caráter existencial básico, como o mínimo existencial sociocultural, que asseguraria ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social, não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si, mas a sua proteção e promoção.

Seguindo esta linha, muito embora sob um pano de fundo de solução controversa, o dever de proteção e a imposição do dever de promoção dos direitos fundamentais atribuído ao Estado restou assentado pelo mesmo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso do aborto I (*BVerfGE 39, 1 (1975)*), em que uma lei que autorizava o aborto nos primeiros 03 meses de gravidez teve a sua constitucionalidade questionada na corte por democratas-cristãos, que pediam a sua anulação sob os argumentos de violação da santidade da vida e ofensa à dignidade humana.

Ainda que sob intensa pressão popular e protestos, a Corte julgou inconstitucional a lei por violação ao direito à proteção à vida, chegando ainda a impor restrições e prescrições ao parlamento para que houvesse a descriminalização do aborto.

Refletindo sobre o direito à vida, o Tribunal fixou entendimento de que os direitos fundamentais não teriam acepção meramente negativa, mas também sim positiva, pelo que seria dever do estado promover a defesa à vida, assentando que os direitos fundamentais não atuam apenas de forma defensiva, mas também sob a forma de princípios objetivos, destacado acerca

⁷⁰ Segundo tradução de Ingo Sarlet, assim se posicionou a Suprema Corte alemã nos autos do caso *BVerfGE 40, 121 (133)*: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”. (Sarlet; Zockun, 2016, p. 120)

do dever de proteção da vida que este “proíbe não apenas, como é óbvio, intervenções diretas do Estado no desenvolvimento da vida, mas também ordena ao Estado que se coloque diante dessa vida em uma capacidade protetora e promotora”⁷¹.

A partir do referido caso, o Tribunal Constitucional passou a entender que a violação ao direito fundamental ocorre não somente de forma direta, mas também quando se viola o dever de proteção que legitimamente se espera para a sua efetiva promoção. A inatividade legislativa e a sub reação por parte do estado passaram então a ser entendidas como tuteladas e judiciáveis perante a Corte, especialmente entendendo que a inação não seria sinal de neutralidade, mas sim de parcialidade à vulneração de tais direitos.

Analisando a formulação, Joachim Krell faz uma leitura da construção de que o mínimo existencial foi criado pela doutrina alemã pós-guerra que “tinha de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional”, a partir da qual “a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social”⁷².

Assim, a construção consagrou o entendimento do Estado como responsável por criar e salvaguardar as condições sociais necessárias à liberdade consagrada nos direitos fundamentais, como um mandado de intervenção e proteção para manutenção da liberdade dos cidadãos, enfrentando problemas derivados da teoria dos direitos fundamentais e de uma ideologia liberal a fim de combater uma “relativa cegueira” em relação à realização efetiva dos direitos sociais, acompanhando as exigências de promoção do bem-estar derivadas da já citada rejeitada neutralidade das cláusulas de direitos fundamentais, resumida e contextualizada com precisa acurácia por Ernst-Wolfgang Böckenförde:

However, the Basic Law did not stop there. On the contrary, it picked up the central problem of the classical theory of the fundamental rights and the liberal concept of the state that underlies it: their relative blindness to the social conditions needed to realize the liberty enshrined in the fundamental rights. And it proceeded to solve that problem positively by imposing the brief of the welfare state as a binding constitutional principle on a par with that of the Rechtsstaat. The state is thus made responsible, by the constitution, for creating and safeguarding the necessary social conditions for the liberty enshrined in the fundamental rights. This radically alters the relationship between individual and social self-direction, on the one hand, and regulation and control by the state, on the other, as posited by classical theory and the

⁷¹ Traduzido livremente: “It prohibits not only, as a matter of course, direct state interventions in developing life, but also commands the state to place itself before that life in a protective and promoting capacity, that is to say, above all to protect it also against illegal interventions on the part of others.” (Böckenförde, 2017, p. 246).

⁷² Krell, 1999, p. 247.

classical perception of the state. The state is now bound to intervene in the 'free' processes of society, to continuously modify the social inequality to which society is forever giving rise, and even to exercise (overall) control over the development and affluence of society as the (social) foundation of liberty for all. The object of this is not, of course, to override the liberty of the individual and of free society, but to underpin both freedoms socially in the light of economic and social circumstances and trends—on the basis, that is to say, of the state's mission to support and guarantee the liberty of the individual and a free society. So far as guaranteeing the fundamental rights is concerned, this means that corresponding powers of regulation and intervention accrue to the state. The brief of the welfare state is thus seen as a legal title to keep the liberty of the one, as enshrined in the fundamental rights, compatible not only with the identical liberty of others, but also with the possibility of realizing that liberty, which involves setting limits to its expansion. The effect is not to invalidate the theory of the fundamental rights stemming from the liberal Rechtsstaat, but rather to bind it socially—and hence modify it substantially.⁷³

Perceba-se a precisão do comentário tecido pelo autor, em perfeita contextualização histórica e correlação com o contexto social vivido tanto internamente, quanto de forma global: como reação a um posicionamento excessivamente liberal, o Estado passa a ser responsabilizado, pela Constituição, pela criação e salvaguarda das condições sociais necessárias à liberdade consagrada nos direitos fundamentais, apoiando e garantindo a liberdade do indivíduo e uma sociedade livre por meio da promoção de efetivas possibilidades de realização e efetivação dessa liberdade.

A defesa de tal posicionamento, conforme a linha seguida no presente trabalho, não vem de forma isolada, mas sim histórico e socialmente contextualizada: num contexto pós-guerras, que vivenciou neste meio a Grande Depressão, a precípua finalidade dos Estados de promoção do bem-estar de sua população pareceu ter sido alertada.

Reforçando o caráter dialético com as necessidades sociais a partir do qual o conteúdo protetivo dos direitos fundamentais é formado, observa-se que estes passaram atuar de forma a exigir da conformação e finalidade do Estado a promoção e tutela dos direitos considerados essenciais, revelando a sua faceta que, para além da liberdade negativa e da necessidade de controle do poder do governante, reclamava condições efetivas de uso, gozo e disposição da liberdade positiva mediante a promoção efetiva de condições para tal.

Propondo uma análise conjunta e dialogada de tais decisões e institutos, pertinente observar-se que a defesa dos direitos fundamentais na Alemanha a partir da Lei Fundamental vê nestes autêntica emanação de deveres de proteção e mandados de ação que obrigam e orientam positivamente ações estatais para esse fim, especialmente com fins de prevenir a erosão de tais direitos.

⁷³ Böckenförde, 2017, p. 288-289.

Observa-se que a Corte alemã, em verdade, assentou que os direitos fundamentais poderiam servir de base para reivindicações positivas, uma vez que os direitos fundamentais vão além do efeito negativo tradicional de defender cidadãos contra a ação do Estado, se tornando a base para reivindicações positivas deste, ainda que sublinhando que a interpretação deva obedecer a padrões de razoabilidade.

Longe de esgotar toda a produção alemã sobre a matéria, tal contextualização já parece ser útil para a reflexão sobre o uso dos institutos no âmbito brasileiro.

3.3 DERIVAÇÃO DE EFEITOS CONCRETOS DOS DIREITOS SOCIAIS DIRETAMENTE DA CONSTITUIÇÃO E ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Feito o apanhado histórico da formulação dos conceitos que fundamentam o debate, passar-se-á ao debate das questões práticas que envolvem a sindicabilidade e exigibilidade de um patamar mínimo de concreção dos direitos sociais com fundamento da Constituição.

Tomando por base a contextualização feita até aqui, entende-se que deve se tomar como premissa que a discussão acerca das demandas atinentes aos direitos sociais efetivamente deve dialogar com a formulação da “reserva do possível”, especialmente quando se reclama viés concretizador a estes, uma vez que tais direitos demandam prestações materiais e, assim, dependerão em larga medida da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que encontra-se localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares.

Isso não pode significar, no entanto, admissão à inércia, omissão ou delegação irrestrita ao juízo de conveniência e oportunidade dos detentores do poder político na elaboração dos mecanismos necessários à sua concretização.

Isso porque, a par da já tecida refutação à crítica à fundamentalidade dos direitos sociais formulada a partir de comparações com direitos de liberdade de primeira dimensão, ainda que haja preponderância de uma dimensão economicamente relevante e que a finitude de recursos se constitua limite fático à sua dimensão concreta, os direitos sociais possuem dimensões negativas e positivas de aplicabilidade imediata decorrentes da sua natureza material e formalmente constitucional, especialmente no que concerne à emanção destes como garantias jurídicas que se impõem de forma vinculante aos poderes constituídos como de mandados de ação, proteção, promoção e direção.

Assim, atuando ativamente como limite à liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador, a melhor leitura da aplicação da reserva do possível parece ser a de que este exige um “equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas (...) como ferramenta para a garantia (...) dos direitos sociais de cunho prestacional.”⁷⁴, que se traduz numa obrigação compartilhada de gestão eficiente dos recursos existentes com vistas à concretização dos direitos fundamentais, e não como um óbice à sua concretização.

Nesse sentido, “a reserva do possível (...) deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal”⁷⁵, retirando desta o caráter de argumento de inação para conformá-la como um compromisso maximizador da concretização dos direitos fundamentais sociais consciente da sua dimensão economicamente preponderante.

Assim, o desenvolvimento da reserva do possível e da admissibilidade excepcional de limitações aos direitos fundamentais garantidos pela ordem constitucional por fundamentada e urgente necessidade de preservação do coletivo, conforme a leitura proposta sobre a decisão *numerus clausus I*, deve ser visto como um reclame à razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade entre os interesses individuais e o dever de promoção dos direitos imposto ao Estado, que não pode ser degenerada numa alegação genérica de reserva financeira.

É verdade que a reflexão sobre os institutos deve levar em consideração os diferentes contextos que se inserem e em que são aplicados, havendo substancial diferença entre o extenso catálogo de direitos sociais dispostos pela Constituição Federal do Brasil e o contexto de paulatina derivação de direitos não expressos a partir da Lei Fundamental de Bonn, com vistas especialmente à proteção da liberdade e da dignidade humana.

De todo modo, a eleição de direitos fundamentais sociais pelo constituinte representa a eleição de mandados e diretrizes de realização que não podem ser ignorados, especialmente se tratando de um Estado de Direito democrático e social, o que fixa como dever fundamental a construção do bem-estar como prioridade política e social, dever este que se impõe aos poderes legislativo e executivo⁷⁶.

⁷⁴ Sarlet; Figueiredo, 2010, p. 30.

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 36-37.

⁷⁶ Para maior aprofundamento sobre o dever perene de atuação advindo da constituição: BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e constituição dirigente. Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. Tradução. São Paulo: Malheiros: Faculdade Christus, 2006.

A tal respeito, cumpre observar que a construção não é isolada e encontra-se refletida no plano normativo internacional, sendo possível se observar que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷⁷, adotado ainda em 1966, fixa a cada Estado parte a obrigação de “adotar medidas (...) até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos” (art. 2º, inciso 1).

Oportuno notar-se que a leitura da disposição, ainda que pontuando o inafastável vínculo financeiro, impõe o dever de progressividade, o que revela, no plano normativo, a consagração da mencionada dimensão da vedação à inércia em relação à promoção dos direitos fundamentais, demonstrando que o reconhecimento da existência de condicionantes não esvazia a exigibilidade de posições ativas do Estado.

Portanto, não há dúvidas que em plano normativo e doutrinário são reconhecidos aos direitos sociais normatividade própria de direitos fundamentais que, cientes da sua dimensão economicamente relevante, impõe dever de concretização que deverá ser observada pelo Estado, por todos os seus poderes, sendo vedada a inércia promotora.

O debate centrar-se-á, sob tais parâmetros, nos limites da exigibilidade de concreção de tais direitos consagrados.

De um lado, parece certo fugir-se de uma interpretação que entenda pela exigibilidade de toda e qualquer prestação concreta derivável dos direitos sociais, especialmente no contexto brasileiro de extenso rol de direitos sociais. De outro, ainda assim não se pode entender que tais reservas possam vulnerar um patamar mínimo de satisfação, o que se revela a partir da necessidade de se resguardar a dignidade da pessoa humana, consubstanciada no mínimo existencial.

Em verdade, a crescente relevância e invocação do mínimo existencial torna-se ativa quando o Estado falha ao garantir o mínimo para uma existência digna pela omissão em proteger e promover o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que revela a necessidade de se refletir acerca da sua derivabilidade direta da constituição⁷⁸.

⁷⁷ Internalizado por força do Decreto Presidencial n.º 591/92. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 03 de julho de 2023.

⁷⁸ Aqui fala-se Estado mas, nos ancorando na solução adotada no caso Luth, pareceria mais adequado falar de dever de proteção e promoção por meio de toda a sociedade, especialmente considerando que os direitos fundamentais se constituem em princípio objetivos que implicariam uma ordem de valores que se irradia para todas as esferas da lei e das relações sociais. A opção pela utilização de Estado justifica-se pelo escopo da pesquisa, de analisar a preponderância da atuação positiva estatal na promoção e garantia de condições mínimas para uma existência digna sem, com isso, pretender-se excluir o dever de solidariedade social que também emana dos direitos fundamentais.

Assim, mesmo reconhecendo-se que a face prestacional dos direitos fundamentais e, especialmente, dos direitos sociais depende de densificação de conteúdos e formas de prestação concretas, a dimensão das prestações minimamente necessárias para uma existência digna compõe um direito subjetivo público plenamente exigível.

Nesse cenário, tendo em vista que os direitos fundamentais se constituem decisões constituintes de valor fundamental que se configuram, nessa medida, como fundamentos e objetivos fundamentais do Estado, a exigibilidade de posturas ativas que visem a preservação de tais direitos tem como consequência a sua justiciabilidade a qual, ainda que derivada do próprio constitucionalismo que lhe é fundante, não deixa de consistir em uma exceção à divisão dos poderes.

Ademais, a partir do momento em que tal intervenção revela-se uma exceção a um dos postulados clássicos fundantes do Estado moderno, esta deve inspirar rigorosa reflexão acerca da diferenciação entre o conteúdo do mínimo existencial e dos direitos sociais em sua integralidade, especialmente considerando que a experiência revela que não são raras as tensões constitucionais decorrentes do comportamento do judiciário, em especial quando intervindo na atribuição precípua dos demais poderes, que detém a vocação de atuar como *policy makers*.

Tem-se assim a questão da justiciabilidade de direitos fundamentais encontra seu âmago na assunção pelo poder judiciário de uma função promotora e protetora de direitos fundamentais que, ao assumir função atípica, tem a missão de avocar um “papel intermediário”, em caráter extraordinário, que não anule o exercício das funções típicas dos demais poderes, mas que ainda assim importará, na medida do incremento da sua intervenção, certo grau de descrédito da atuação dos poderes executivo e legislativo.

A intervenção volta-se precipuamente, portanto, para atribuição concreta de violação ao direito fundamental a partir da falta de uma prestação concreta derivada deste, a qual pode surgir por ausência de densificação de seu conteúdo pelo legislador, por ausência de planejamento organizacional administrativo para a sua prestação efetiva ou mesmo por deliberada opção de não disponibilização justificada por critérios técnicos e específicos.

A par do que restou traçado, no entanto, contornos especiais devem ser dados à intervenção do poder judiciário sempre em vistas, conforme traçado, a excepcionalidade de tal intervenção na eleição de meios tornar concretas as prestações específicas decorrentes de determinado direito fundamental.

Dada tal excepcionalidade, é de se problematizar, portanto, quando estaria autorizada a intervenção do poder judiciário ou, em outras palavras para alinhar-se ao título proposto, em

que medida a justiciabilidade dos direitos fundamentais encontrar-se-á validamente autorizada e legitimamente exercida.

Isso porque, repise-se, a partir de um cenário de deferência ao exercício típico das funções atribuídas aos poderes, compete ao poder executivo e ao poder legislativo a densificação do conteúdo material concreto dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à eleição das formas de prestação efetiva deste, uma vez que, especificamente no caso dos direitos sociais, não é a mera consagração destes nem mesmo da norma fundamental de determinado estado que tornará automática e plenamente operante todo um sistema apto à sua prestação.

Em um cenário realista, sabidamente isso não é o que ocorre.

Ainda que os direitos nasçam quando podem nascer, o movimento constituinte de eleição de determinado direito é um movimento rumo à consagração destes de forma material e efetiva, significando a fixação de uma direção na qual deverá se pautar e edificar a atuação de todos os poderes, de uma diretriz.

Ainda assim, o cenário de limitações fáticas, materiais e orçamentárias impõe, conforme traçado, o seu adequado manejo, que se dará a partir de um exame de proporcionalidade e razoabilidade das restrições impostas e que deverá ter em consideração um patamar minimamente satisfatório de efetividade concreta.

Nesse sentido, a intervenção judicial ganha contornos especiais ao enfrentar a violação de um direito fundamental quando esta avança e rompe o limite em que se encontra circunscrito o mínimo existencial. Isso porque este instrumentaliza em si uma garantia mínima de eficácia de direitos fundamentais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, de forma que uma restrição que atinja o mínimo existencial consiste em uma falha no funcionamento do sistema de direitos fundamentais.

Conquanto o mínimo existencial seja um padrão mínimo de satisfação de necessidades para a existência digna, uma violação a este significa, por decorrência lógica, violação à dignidade da pessoa humana, o que não se pode admitir.

Assim, o debate se põe a partir da percepção da necessidade de se assegurar uma reserva de eficácia material aos direitos fundamentais derivável diretamente da Constituição, ainda que se reconheça o papel dos demais poderes na definição de meios de concretização das prestações positivas.

Nesse sentido, necessário defender-se que o reconhecimento do mínimo existencial não conflita com a reserva de conformação ao legislativo ou de planejamento e execução do

poder executivo, mas harmoniza o exercício das funções à fundamentalidade do direito, por meio de garantias mínimas que garantam a existência de conteúdo efetivo aos direitos fundamentais, a fim de não lhes tornarem invólucros vazios de conteúdo no processo de concretização.

É neste cenário que ganha espaço a intervenção do poder judiciário na garantia de conteúdos materiais com fundamento direito na Constituição, a fim de garantir aos direitos fundamentais, aqui com destaque aos direitos sociais, conteúdos materiais aptos à preservação do mínimo existencial.

Acerca da derivabilidade de posições ativas diretamente da Constituição, oportuna a defesa de Eurico Bittencourt Neto defende que “o mínimo existencial se torna ativo para assegurar o respeito ao núcleo axiológico do Estado de Direito - democrático e social: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a socialidade e a democracia”⁷⁹, denotando um viés do dever de proteção voltado não só para o indivíduo, como também à sociedade.

Aderindo à conclusão do autor, entende-se forçoso o reconhecimento do mínimo existencial como um núcleo reserva de eficácia direta dos direitos fundamentais, com o reconhecimento da sua impositividade como oriunda da própria Constituição, dotando-o de exequibilidade imediata – que pode conter deveres de abstenção, de proteção e mesmo de prestações materiais – que escapam ao condicionamento à reserva do econômica e financeiramente possível.

O posicionamento não é isolado, já sendo defendido por Ricardo Lopo Torres, que indica que caracteriza-se o mínimo existencial como “direito subjetivo [que] investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos”, o que restaria justificado tendo em vista que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”, de forma que “a dignidade humana e as necessidades materiais da existência não retrocedem a quem de um mínimo”⁸⁰.

Para além dos referidos fundamentos, a exequibilidade é derivada de dois mandamentos de ordem constitucional: o primeiro, atinente à igualdade material, que passa pela percepção da necessidade de discriminação positiva para assegurar meios mínimos para uma

⁷⁹ Bittencourt Neto, 2010, p. 116.

⁸⁰ Torres, 2008, p. 314 e 315.

existência digna a todos e para propiciar a superação de barreiras sociais, assegurando meios para correção de situações de desigualdade de fato.

O segundo, concerne à solidariedade social, que reconhece as dificuldades sociais de um indivíduo como dificuldades de todos os membros da sociedade, segundo uma noção de dignidade da pessoa humana em sua dimensão intersubjetiva, corresponsabilização e comunhão de esforços e da participação de todos na satisfação das necessidades básicas

Assim, assegurar uma reserva de eficácia direta aos alicerces dos direitos sociais e contornos gerais da sociedade de bem-estar por meio do mínimo existencial é essencialmente proteger a fundamentalidade da Constituição e dos direitos sociais previstos nela.

Entretanto, a assunção do mínimo existencial como reserva de eficácia material direta de direitos fundamentais, derivável diretamente da Constituição, em contraponto às prerrogativas de eleição de meios, densificação do conteúdo constitucional e planejamento das prestações materiais decorrentes e necessária, impõem rigorosa reflexão sobre o conteúdo do mínimo existencial⁸¹.

Isso porque, calcado na teoria de Alexy, importa reconhecer que direitos sociais são normas-princípio que se sujeitam à ponderação com outros princípios como o democrático, a competência do legislativo e a reserva do econômico e financeiramente possível.

Assim, não se pode concluir que todo e qualquer conteúdo derivado dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos possa ser imediato e diretamente demandado do Estado, sob pena de subverter-se o caráter de exceção da intervenção do poder judiciário nas prerrogativas dos demais poderes e desequilibrar o sistema prestacional que se visava edificar.

Refletir sobre a definição do conteúdo do mínimo existencial, assim, não é tarefa simples e nem isolada, consistindo no problema central de sua aplicabilidade pelo poder judiciário que, repisa-se, deve ser tida como exceção justificada à separação dos poderes.

Para tal, é basilar e inafastável a noção de variabilidade no tempo e no espaço do conteúdo dos direitos fundamentais e, com este, do mínimo existencial.

Bittencourt Neto alerta de forma bastante precisa que “as condições necessárias à existência digna variam de acordo com o tempo e o espaço, o desenvolvimento econômico, social e cultural de cada sociedade” de forma que “o conteúdo do direito ao mínimo para uma

⁸¹ A dificuldade é retratada há muito por Ricardo Lopo Torres: “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, ‘se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável’.” (Torres, 2008, p. 314).

existência digna será fixado em função das necessidades que se identifiquem para que se mantenha o respeito pela dignidade da pessoa”⁸².

A formulação não é particular do mínimo existencial, mas própria dos direitos fundamentais como um todo, tendo em vista que estes são “fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”⁸³, pelo que deve se reconhecer nestes o caráter de reivindicações concretas frente a situações também concretas de agressão.

A tal respeito, oportuno pontuar-se que o mínimo existencial pode consistir em emanção constitucional tanto sob o prisma negativo, de defesa contra intervenções estatais que dele subtraíam os meios essenciais para sua sobrevivência com dignidade, quanto de ótica positiva, relativa à necessidade de prestações do Poder Público destinadas a propiciar condições materiais de existência digna⁸⁴.

Em verdade, a variabilidade do conteúdo do mínimo existencial deve ser um fator preponderante na análise de interpretações acerca do seu conteúdo que, em um inevitável juízo de ponderação, consideram nele estar inserido determinado direito subjetivamente vindicado.

Tal variabilidade fica clara a partir da reflexão de Daniel Hachem, que propõe três questionamentos: (i) se o mínimo existencial possui conteúdo determinável no caso concreto ou se constitui-se um rol constitucional preferencial; (ii) se este teria caráter definitivo ou *prima facie* e (iii) se significaria um piso mínimo ou um teto máximo de sindicabilidade ou exigibilidade⁸⁵.

Refletindo sobre o primeiro ponto, acerca da determinabilidade deste conteúdo, observa-se que os autores que tratam do tema tentam indicar aspectos mínimos comuns a todos os cidadãos que poderiam delinear um contorno ao mínimo existencial, a partir de parâmetros extraídos da Constituição e da legislação, mas que ainda assim divergem acerca de seu conteúdo.

Nesse sentido, são indicados como componentes do mínimo existencial o salário-mínimo (Eurico Bitencourt Neto); saúde, educação, assistência e previdência social e acesso à

⁸² Bitencourt Neto, 2010. p. 119 – 120.

⁸³ Sarlet, 2021, p. 52-53.

⁸⁴ Hachem, 2013, p. 208.

⁸⁵ A tal respeito, traça o autor a seguinte problematização acerca da (in)determinabilidade precisa do mínimo existencial: “É que, embora seja certo que há mutações espaciais e temporais quanto às condições imprescindíveis para se viver dignamente, aceitar um conceito completamente aberto de mínimo existencial (ainda que calçado nos parâmetros mínimos acima oferecidos), suscetível a variações indiscriminadas da sua especificação ao sabor do intérprete, a depender do caso concreto, prejudica a funcionalidade operacional do instituto. Parece ser necessário extrair da sistemática constitucional de cada Estado, em um momento histórico determinado, o conjunto de elementos que se reputa essencial para assegurar uma vida minimamente digna a todos os cidadãos, independentemente das agruras e mazelas eventuais que possam acometer a apenas uma parcela de indivíduos.” (Hachem, 2013, p. 215)

justiça (Ana Paula de Barcellos e Daniel Hachem); moradia, direito ao trabalho e proteção do trabalhador, à alimentação, ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água, saneamento básico, transporte, energia elétrica, e o direito a uma renda mínima (Ingo Sarlet).

Ainda assim, parece ser correto admitir-se o mínimo existencial como um rol constitucional preferencial, cujo conteúdo deve ser definido a partir das prioridades emanadas de cada Constituição para se definir o conjunto de prestações básicas que deve ser assegurado a todos os indivíduos, como reconhecimento da decisão constituinte como uma ordem de prioridades definida, ainda que este não consista num parâmetro absoluto.

É dizer: o conteúdo do mínimo existencial, muito embora não seja definido *per se* a partir da Constituição, deve ser construído a partir da Constituição.

A construção anterior é explicitada a partir da discussão do seu caráter, pelo que parece igualmente correto admitir-se caráter *prima facie* ao mínimo existencial, uma vez que, como o são os próprios direitos fundamentais em que se fundam, lhe é ínsita a natureza de princípio, e não de regra, de forma que o seu conteúdo dependerá de ponderação e da restrição concretamente considerada.

Tal caráter torna plenamente compatível a assimilação da ausência fática de recursos disponíveis para atendimento de todos os anseios formulados com base nos direitos fundamentais e a sua realização na máxima medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, tornando-se definitivo após a devida ponderação, ainda que lhe seja garantido um “peso reforçado” no sopesamento.

Quanto à discussão do seu caráter como piso mínimo ou teto máximo de sindicabilidade, a reflexão se torna pertinente sob o enfoque específico da justiciabilidade.

Sob tal prisma, a pretensão universalizável da decisão judicial, em ordem ao próprio corolário da isonomia, parece correto se entender que a concessão de determinada prestação positiva a determinado indivíduo torna esperável que a mesma prestação seja concedida a outro cidadão em mesma situação.

Tal solução concreta, no entanto, a partir da própria variabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, parece tornar imperativo que não seja considerada como um teto máximo, mas sim como um piso mínimo.

Isso porque, conforme aleta Ingo Sarlet, a constante reflexão sobre o conteúdo de direitos fundamentais tem revelado que “alguns dos clássicos direitos fundamentais de primeira dimensão (assim como alguns de segunda) estão sendo revitalizados e até mesmo ganhando em

importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados”⁸⁶.

Atuando essencialmente no refreamento do poder e na garantia de posições mínimas para a manutenção da dignidade, importa reconhecer que novas formas de agressão a seu conteúdo importarão necessariamente o reforço das posições que se visa assegurar, de forma que parece correto defendê-lo como piso mínimo, e não como teto máximo.

O ponto, no entanto, fica melhor explicitado enunciando-se que o reconhecimento de determinada prestação a um indivíduo a partir da reflexão acerca do mínimo existencial não limita a prestação exigível por outro indivíduo, ainda que em mesma situação, especialmente se considerando a variabilidade do espectro protetivo de determinado direito fundamental ante a situações de ameaça concretas à dignidade da pessoa humana.

Em síntese, parece correto depreender a ideia de variabilidade do mínimo existencial, o qual tem seu escopo protetivo voltado para a consagração de uma reserva fundamental de materialidade direta apta a promover, de forma permanente, a preservação de condições mínimas para a manutenção da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo se revela ativo na medida da proteção que se torna necessária frente a determinado contexto.

Voltando-se o trabalho para a reflexão do direito doméstico, oportuno ilustrar-se a construção com exemplos concretos cunhados no cenário normativo nacional.

O primeiro é o exemplo clássico tomado como exemplo em matéria de mínimo existencial, que é a sua relação com o salário-mínimo. Por definição legal, salário-mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, por dia normal de serviço, capaz de satisfazer, em qualquer região do País, as suas necessidades vitais básicas, bem como as de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, conforme dispõe o art. 7º, da Lei 8.222/91, o fazendo em atendimento à mandamento constitucional⁸⁷. Atualmente, a Lei 14.663/2023⁸⁸ define que o valor do salário-mínimo é de R\$ 1.320,00 (mil trezentos e vinte reais).

Observa-se que, por definição legal, este é instituído com o objetivo de se projetar uma expressão pecuniária que torne possível ao indivíduo satisfazer as necessidades básicas – e aqui pontue-se não só existenciais, mas socioculturais - por meio do trabalho, o salário-mínimo tem, de fato, aproximação com a tutela pretendida pelo mínimo existencial.

⁸⁶ Sarlet, 2021, p. 53.

⁸⁷ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8222impressao.htm. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

⁸⁸ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14663.htm. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

Ademais, figura-se pertinente perceber que o salário-mínimo funciona como um piso mínimo veiculador de condições para o livre desenvolvimento do indivíduo, em dignificação ainda de um patamar mínimo de proteção ao valor do trabalho, reforçando a sua íntima ligação com o mínimo existencial.

Entretanto, o mínimo existencial não se encerra no salário-mínimo por vários motivos, ficando estes explícitos a partir do resgate à construção histórico conceitual sobre a qual dedicou-se boa parte deste trabalho.

Isso porque, conforme traçado, o mínimo existencial, traçado a partir do sistema protetivo de direitos fundamentais, consubstancia-se em um núcleo de matriz constitucional protetivo e progressivo com profunda carga dialética com as manifestadas necessidades de proteção de bens fundamentais da vida.

Assim, admitir-se o salário-mínimo como limite ao mínimo existencial significaria traçar um “teto máximo protetivo”, que desoneraria a partir daí o Estado de toda e qualquer obrigação de promoção efetiva do bem-estar tão somente pela garantia do recebimento de um valor pecuniário pelo indivíduo a partir do seu trabalho.

Num contexto de pleno emprego, assim, se desincumbiria o Estado de promover o bem-estar, limitando-se a fiscalizar o respeito ao salário-mínimo, de forma que a população adulta e plenamente capaz de se manter “se viraria por si”, o que redundaria numa cegueira típica de uma concepção excessivamente liberal, conforme denunciou Böckenförde, o que contrariaria o mandado de ação na promoção do bem-estar efetivo constitucionalmente fixado.

Ademais, a partir do momento que se reconhece que os direitos fundamentais têm conteúdo protetivo não engessado, mas sim em constante reformulação e aperfeiçoamento, não tem como pensar-se que um valor estipulado seja bastante para garantir a dignidade a toda e qualquer ameaça à dignidade e aos bens fundamentais da vida tutelados pelo sistema de direitos fundamentais.

Portanto, ao salário-mínimo reconhece-se íntima ligação com o mínimo existencial, mas aquele não encerra o conteúdo deste: ainda que se garantindo ao trabalhador o pagamento de um salário-mínimo, o Estado – ou mesmo própria sociedade, sob uma perspectiva de solidariedade e não circunscrição do espectro protetivo dos direitos fundamentais ao direito público – permanecerá responsável por atuar positivamente na proteção e promoção do bem-estar.

A proteção ao valor e à dignidade do trabalho, portanto, é somente um dos escopos protetivos dos direitos fundamentais, cujo núcleo essencial parece encontrar no salário-mínimo

uma expressão dentre as muitas outras que se materializam a partir do texto constitucional, o que consagra a noção de variabilidade defendida a qual se manifesta não somente com a variação de contextos, mas de escopo de proteção justificador.

Para se ilustrar tal variabilidade dentro de um mesmo contexto e tomando por base o direito doméstico, tem-se atualmente em vigência o Decreto Presidencial n.º 11.150/2022, que regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor⁸⁹. O referido decreto fixa que se considera mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Portanto, coexistiriam mínimos existenciais com conteúdo normativo e regulamentar, fixando e mensurando de forma distinta, em expressão de valores, o alcance do mínimo existencial.

À luz do que se defende, no entanto, não existe antinomia entre estes.

Sem adentrar no mérito sobre a justeza da medida adotada, o que se visa destacar é que é perfeitamente possível se compatibilizar a existência de ambos os parâmetros sem que isso signifique colisão dos respectivos conteúdos.

Isso porque o escopo protetivo consubstanciado no salário-mínimo, voltado à proteção do valor do trabalho e da dignidade do trabalhador de ter, por meio do trabalho, condições de exercer a sua liberdade com plenitude, surgido a partir de reivindicações que datam do século passado, não se confunde com o escopo da proteção do indivíduo diante do mercado de consumo, estabelecido para prevenir o superendividamento, a fim de que as relações estabelecidas com fornecedores de forma geral não possam vulnerar o conteúdo mínimo para a sua subsistência, especialmente diante de modernas exigências da sociedade de informação e consumo em massa.

Desta forma, duas são as conclusões parciais que se depreende da formulação ora traçada.

A primeira é que a reserva do possível não se encontra contraposta às dimensões de promoção e proteção dos direitos fundamentais, aí inclusos os direitos sociais, de forma que a fundamentalidade que lhes é própria, aliada à ciência da dimensão economicamente relevante,

⁸⁹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11150.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2011.150%2C%20DE%2026%20DE%20JULHO%20DE%202022&text=Regulamenta%20a%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20e%20o,C%C3%B3di go%20de%20Defesa%20do%20Consumidor. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

deve ser assimilada num contexto de limitações orçamentárias como um apelo à razoabilidade das limitações e um compromisso maximizador da sua dimensão concreta e efetiva.

Ainda assim, por não poderem ser esvaziados de conteúdo, não se pode conhecer das limitações derivadas da teoria da reserva do possível como oponíveis ao escopo protetivo contido no mínimo existencial, uma vez que este, por configurar-se como um núcleo essencial dos direitos fundamentais, consubstancia-se em direito subjetivo deferido ao cidadão em face do Estado e da sociedade, tendo em vista que não se pode admitir sob o pálio da Constituição a vulneração de conteúdos mínimos à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, encontrar-se-ia autorizado o poder judiciário a intervir para garantir o conteúdo do mínimo existencial, sendo esta, portanto, uma exceção justificada à separação dos poderes, em vistas especialmente à impossibilidade de se admitir a vulneração de conteúdos fundamentais básicos no processo de formulação e organização de meios para tornarem concretos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Entretanto, a partir da noção de mínimo existencial como núcleo essencial do direito fundamental, poderão manifestar-se tantos mínimos quantos direitos fundamentais existentes, de forma que a decisão judicial que conclui que o direito vindicado se insere no mínimo existencial e que, por isso, estaria justificada a intervenção do poder judiciário para colmatar a omissão legislativa e / ou administrativa para fixar as prestações positivas que garantam a prestação efetiva do direito, que ainda assim deverá ser “controlável”, sob o ponto de vista da utilização de parâmetros fáticos e jurídicos que justifiquem a excepcionalidade da consideração deste como reserva de eficácia material direta da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o já denotado carácter excepcional que a referida intervenção deverá ter.

Postas as referidas balizas teóricas, passar-se-á à reflexão prática no contexto brasileiro, especialmente a partir da prática do Supremo Tribunal Federal, a fim de testar as hipóteses e formulações até então traçadas no presente trabalho.

3.4 USO DOS INSTITUTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES ACERCA DE DIREITOS SOCIAIS

Delineado então as bases e fundamentos sobre o qual acredita-se dever passar a decisão jurisdicional acerca do tema, volta-se para a análise para o uso dos institutos pelo Supremo

Tribunal Federal, a partir do qual observa-se que a utilização dos conceitos ainda é volátil, em alguma medida.

Conforme exposto, os limites à justiciabilidade passam essencialmente pela reflexão do conteúdo do mínimo existencial e da existência de risco de vulneração do próprio núcleo fundamental dos direitos, especialmente considerando que este não se confunde com o conteúdo integral do direito fundamental.

Analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro por meio da utilização da ferramenta de pesquisa jurisprudencial da corte, usando-se como parâmetros os vocábulos “mínimo existencial” e “reserva do possível”, são localizados 24 acórdãos⁹⁰.

Destes, observa-se que 13 foram decididos pelo Tribunal Pleno, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Injução, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Recursos Extraordinários em sede de repercussão geral e recursos de Agravo Regimental em sede de pedido de Suspensão de Liminar e Tutela Antecipada. Os demais foram decididos pelas turmas (2 pela primeira turma e 9 pela segunda turma), todos em sede de Agravo Regimental contra decisões monocráticas em Recurso Extraordinário, com e sem agravo, com exceção do HC 172.136, levado a julgamento diretamente à Segunda Turma.

Quanto às matérias em julgamento, são elas assistência social, acesso à justiça, instalação da defensoria pública, estrutura do sistema prisional, direito à saúde, direito à educação e direito do idoso.

Analisando os referidos acórdãos, observa-se que é assente a inoponibilidade da reserva do possível quando considerada em confronto com o mínimo existencial, como óbice à concretização do núcleo essencial de direitos.

A jurisprudência da corte gira de forma muito expressiva em torno de decisões relatadas pelo ministro Celso de Mello⁹¹, que relatou o maior número destes, com 9 acórdãos de sua relatoria, e que desenvolveu seu posicionamento a partir de reflexões sobre a indisponibilidade dos direitos à saúde e educação, entendendo pela impossibilidade de que a concretização de tais direitos fundamentais fosse vulnerada pela omissão do poder público em

⁹⁰ A pesquisa jurisprudencial encontra-se disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=25&queryString=%22m%C3%ADnimo%20existencial%22%20%20%22reserva%20do%20poss%C3%ADvel%22&sort=date&sortBy=asc>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2023.

⁹¹ Analisando os acórdãos relatados pelo ministro, observa-se que este o faz com menção recorrente aos seguintes acórdãos para firmar a tese que conduziu em todos os demais acórdãos que relatou: RE 271286 AgR, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000; RE 410715 AgR, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005 e ADI 1439 MC, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/1996.

fornecê-los, o que considerava de todo inadmissível, sob pena de tornar os referidos direitos “promessas constitucionais inconsequentes”.

Assim, entendia o referido ministro pela derivação de fundamentos diretamente da constituição para determinar, pela via judicial, as medidas necessárias à realização concreta dos direitos sociais constitucionalmente garantidos em ordem a torná-los efetivos, ainda que admitisse a excepcionalidade da determinação de medidas pelo poder judiciário.

Interessante notar-se que em expressivo número de julgados há a menção à Decisão Monocrática proferida pelo referido ministro nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45⁹², julgada prejudicada por perda do objeto, mas no bojo da qual se teceu expressivas considerações acerca da “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’”. No bojo desta, fixou o magistrado entendimento pela possibilidade excepcional de intervenção judicial em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado, fundamentando que os poderes legislativo e executivo se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁹³.

A decisão, publicada em 04 de maio de 2004, representou um marco interpretativo acerca da matéria, conforme será adiante explicitado, especialmente a partir da evolução do número de processos recebidos sobre a matéria e do volume de recursos públicos despendidos para o cumprimento de decisões judiciais.

Voltando-se à análise do manejo do conteúdo do mínimo existencial nos acórdãos fornecidos pela pesquisa, esta não revela uma uniformidade. Convivem na jurisprudência acórdãos que remetem *en passant* sobre a inclusão do direito pleiteado no mínimo existencial e outros que fazem uma profunda reflexão sobre variáveis que permitem a sua caracterização.

⁹² Uma minuciosa análise da decisão é feita por LEAL, Rogério Gesta. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais*. in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157 e ss.

⁹³ Em excerto expressivo, delinea o ministro Celso de Mello na decisão: “Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. (...) O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadamente ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Revista trimestral de jurisprudência. v. 200. Brasília: Imprensa Nacional, 2007, p. 191-197.)

Para demonstrar a divergência, utilizar-se-á três exemplos.

O primeiro deles são as decisões do Mandado de Injunção n.º 7.300, julgado pelo Tribunal Pleno, sob relatoria do ministro Marco Aurélio e redator para o acórdão o ministro Gilmar Mendes, e do Recurso Extraordinário n.º 684.612, julgado pelo Tribunal Pleno, sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski e redator para o acórdão o ministro Roberto Barroso.

Na decisão do Mandado de Injunção, que trata da omissão na regulamentação e concessão de benefício assistencial garantido pela Lei n.º 10.835/2004, é feita uma longa reflexão sobre os limites da atuação do poder judiciário na determinação de prestações materiais atinentes à direitos fundamentais, citando o dever de proteção e a proibições de proteção insuficiente advinda da construção alemã como ensejadores da intervenção judicial concretizadora⁹⁴.

Na decisão, nos termos do voto condutor proferido pelo ministro redator, realizou-se o cotejo de inúmeras variáveis que conduziram a uma solução que identificava somente parte do conteúdo do direito fundamental à assistência social como pertencente ao mínimo existencial, apenas deferido àqueles que pudessem ter as condições mínimas de dignidade vulneradas.

⁹⁴ No julgamento, tem-se valorosa construção histórica da progressividade de intervenção do Supremo Tribunal Federal na determinação de demandas concretistas delineado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, que prevaleceu: “Esse levantamento das raízes históricas do entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal permite identificar um certo padrão decisório em se tratando de controle judicial das omissões do poder público. Afastando-se do entendimento inicialmente adotado, de índole não concretista, o Tribunal passou a perfilar solução conciliatória que, a um só tempo, reafirma a efetividade do mandado de injunção e preserva as bases da democracia representativa, especialmente a liberdade de atuação das instâncias políticas. A partir da experiência do direito italiano, o Tribunal tem, excepcionalmente, admitido sentenças de perfil aditivo, evitando postura meramente contemplativa em face de lesão concreta a direitos reconhecidos pelo texto constitucional. Nessa perspectiva, a atividade de integração do ordenamento jurídico, notadamente no julgamento de mandados de injunção, deve ser exercida com cautela, parcimônia e, sobretudo, deferência ao Poder Legislativo. Atuações mais incisivas do Tribunal, reservadas para os casos de manifesta inoperância do legislador, têm se limitado aos casos em que o Supremo Tribunal Federal identifica uma solução obrigatória na perspectiva constitucional (“*a rime obbligate*”). Em outras palavras, atenta à excepcionalidade do instituto, a Corte absteve-se de proferir decisões aditivas sempre que vislumbrou um leque de alternativas constitucionalmente admissíveis para a solução de omissão legislativa, por reconhecer que a conformação de políticas públicas compete exclusivamente aos representantes democraticamente eleitos. No mais, nas raras hipóteses em que prolatou decisões manipulativas com efeitos aditivos, este Tribunal sinalizou preferência por soluções que incorporam parâmetros normativos preestabelecidos, ou seja, limitou-se a estender, por analogia, critérios definidos pelo legislador para situações similares. Vê-se, pois, que a Corte tem observado critérios rígidos no controle incidental de omissões estatais, de modo a limitar a discricionariedade dos juízes na prolação de sentenças aditivas. Empiricamente, tem-se observado na jurisprudência do Tribunal incansável busca pela preservação do equilíbrio existente entre o indeclinável dever de tutela dos direitos e liberdades constitucionais (CF, art. 5º, XXXV) e o princípio da divisão funcional dos poderes (CF, art. 2º), concorrendo para maior contenção na atuação do Judiciário como legislador positivo e para distanciamento dos juízes da seara política” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 7.300. Relator ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2021, DJe-167, divulgado em 20/08/2021, publicado em 23/08/2021)

O acórdão destaca ainda fundamentos de ordem econômica que analisam a viabilidade da solução adotada, com a equalização de recursos disponíveis e abrangência do direito, em preocupação com a reserva do possível e com a não inviabilização da concretização do direito em detrimento da coletividade.

Quanto ao julgamento do RE n.º 684.612, a Corte igualmente conduziu aprofundado exame sobre a possibilidade e limites de intervenção, com especial destaque à preocupação com o risco de desorganização financeira e administrativa do Estado decorrente de decisões judiciais voltadas à garantia do mínimo existencial, fixando ao fim 3 teses de repercussão geral, das quais destaca-se:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

Observa-se no bojo dos debates que subsiste a menção à decisão monocrática da ADPF n.º 45, que destacava “não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde” tendo em vista a necessidade de preservação do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

De forma mais aprofundada, no entanto, prevaleceu no julgamento entendimento fixado sob a forma de tese com repercussão geral com entendimento “intermediário” que, muito embora reconhecesse a legitimidade interventiva do poder judiciário quando ameaçado direitos fundamentais por inação estatal, fixou balizas de deferência ao exercício das funções dos demais poderes.

Observando-se do voto condutor do acórdão, este enumera que a tutela judicial deverá ser concedida mediante a verificação de efetiva existência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Estado e mediante comprovação documental, e da possibilidade de universalização da pretensão pretendida, em cotejo com os recursos efetivamente existentes. Ademais, indica que a decisão deverá determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo, recomendando ainda a abertura do diálogo na construção da decisão pela participação de terceiros.

Sem adentrar-se no mérito das decisões, percebe-se nestas uma preocupação coerente com a prudência de manejo dos institutos que se defende, especialmente no que diz respeito à identificação do conteúdo do mínimo existencial e à constatação específica da prestação material subjacente a esta. Ademais, o exame aprofundado do histórico de decisões da Corte

em matéria de intervenção judicial denota a preocupação com a necessidade de compatibilização do exercício desta em preservação às funções dos demais poderes.

Seguindo, como segundo exemplo, observar-se-á a reflexão da corte sobre o direito à educação.

Em um dos recursos fornecidos pela ferramenta de pesquisa, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410.715, entendeu-se que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível que é deferida às crianças, de forma que o direito ao atendimento em creche e em pré-escola seria direito decorrente diretamente da Constituição Federal e obrigação imposta aos Municípios.

No acórdão, relatado pelo ministro Celso de Mello, prevaleceu fundamentação sobre o conteúdo essencial do direito à educação e a reserva de eficácia direta decorrente da sua inclusão no mínimo existencial, que não poderia ser vulnerado ou condicionada pela reserva do possível, cabendo ao ente estatal a sua própria organização para prestação do serviço.

A peculiaridade do exemplo, no entanto, volta-se para o julgamento dos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários com Agravo n.º. 639.337 e 1.322.879. Nestes, o reclame ao direito fundamental matrícula de crianças em unidades de ensino infantil (creche e pré-escola) vinha qualificado, sendo demandado adicionamento que esta se desse em unidade próxima da residência ou endereço de trabalho dos responsáveis.

Analisando os acórdãos, observa-se que, dispondo que o referido direito estaria contido no mínimo existencial, a fundamentação centrou-se essencialmente pela menção às decisões anteriores que garantem às crianças a matrícula em unidades de ensino infantil, sem serem tecidas considerações efetivas se a matrícula em unidade próxima à residência faria parte do conteúdo do mínimo existencial.

No segundo recurso mencionado, o relatório indica ainda que a criança já se encontrava regularmente matriculada em unidade de ensino, mas como haveria mudado de endereço, pleiteava que lhe fosse garantida a matrícula em unidade diversa, sob fundamento do mínimo existencial.

Sem adentrar no mérito, especialmente observando que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação fixa ser dever do Estado a garantia de vaga na escola pública mais próxima da residência (artigo 4º, inciso X), observou-se a ausência de reflexão crítica sobre o conteúdo do mínimo existencial como critério de justiciabilidade. No caso, percebe-se ampliação do conteúdo do mínimo existencial para abarcar, para além do direito à educação, o direito à

transferência de unidade escolar por mudança de domicílio, sem que se percebesse uma reflexão acurada sobre a circunstância nuclear do reclame formulado ao judiciário.

Como último exemplo, volta-se para o direito fundamental à saúde. O tema é tratado em vários dos recursos fornecidos pela lista, destacando-se aqui os Agravos Regimentais interpostos no RE n.º 581.352 e nos ARE's n.ºs 727.864 e 745.745, relatados pelo ministro Celso de Mello e julgados pela Segunda Turma, e o Agravo Regimental no RE 642.536 relatado pelo ministro Luiz Fux e julgado pela Primeira Turma.

Da análise dos processos julgados pela Segunda Turma, constata-se que estes têm todos idêntica fundamentação desenvolvida pelo ministro Celso de Mello, conforme já descrito em linhas gerais, que desenvolve a temática da indisponibilidade do mínimo existencial, a impossibilidade de condicionamento à reserva do possível e a excepcionalidade da determinação de medidas concretas pelo poder judiciário.

Muito embora não se discorde do conteúdo de tal fundamentação, observa-se que os referidos acórdãos chegam a falhar na menção de qual seria a prestação material em específico que se encontra sendo determinada, parecendo deduzir que o mínimo existencial se encontra presente tão somente por tratar-se de reclame atinente à saúde.

Da análise do processo relatado pelo ministro Luiz Fux, atinente a estruturação de uma unidade de saúde, as prestações materiais fixadas por decisão judicial são referidas pela decisão por menção a relatório de instâncias inferiores, em meio ao qual observa-se que, invocando o colapso geral de ações e serviços de saúde e o conteúdo do mínimo existencial, é determinada a pintura de toda a unidade de saúde dentre uma das cominações fixadas.

Nestes casos, a ausência de reflexão aprimorada sobre o conteúdo do mínimo existencial em cotejo com a amplitude do direito à saúde, de incontestante importância e relevância, desperta atenção acerca da ressalva de excepcionalidade ora defendida.

Observa-se nesse sentido que, em matéria de saúde, o próprio tribunal já foi chamado a gerenciar os efeitos de uma ampla admissibilidade da judicialização do direito fundamental, especialmente observada nas decisões dos Agravos Regimentais na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175⁹⁵ e Suspensão de Liminar n.º 47, ambos relatados pelo ministro Gilmar Mendes, em que este exerce importantes reflexões sobre o alcance e a exigibilidade de

⁹⁵ Naquela oportunidade, pontuou com preocupação o Ministro Gilmar Mendes: “Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde, e além das possibilidades orçamentárias”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, divulgado em 29/04/2010, publicado em 30/04/2010)

prestações materiais atinentes ao direito à saúde, observando-se esforço na definição de critérios delimitadores do conteúdo do mínimo existencial. Nestas oportunidades, pontuou com preocupação o Ministro Gilmar Mendes:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde, e além das possibilidades orçamentárias.⁹⁶

A preocupação também encontra-se presente no voto da ministra Ellen Gracie no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 223, em que declinou preocupação com a determinação de custeio de procedimento cirúrgico não realizado no país e sem eficácia comprovada, no que restou vencida, bem como no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 657.718, em que o ministro Alexandre de Moraes delineia em seu voto, em tom crítico, que a “conclusão de que a previsão do direito fundamental à saúde na Constituição leva, automaticamente, ao mandamento inequívoco e judicialmente exigível de prestação de todo e qualquer serviço ou prestação médico-farmacêutica não me parece correta”

Neste sentido, muito embora seja possível constatar que o Supremo Tribunal Federal tem em sua jurisprudência bons exemplos de construção e reflexão acerca do conteúdo do mínimo existencial e o cotejo deste com a reserva do possível, guardando franca proximidade com os institutos na forma cunhada pelo direito alemão, ainda é possível observar a citação meramente retórica destes em alguns dos acórdãos.

Cite-se que a opção de análise do posicionamento tomado pelo Supremo Tribunal Federal decorre da relevância e estatura deste, a qual acredita-se pautar e servir de guia para todo o poder judiciário nacional.

Entretanto, observando um rigor superficial na reflexão acerca do mínimo existencial em alguns dos casos analisados quando colocados em confronto à reserva do possível, revela-se necessária a preocupação de se exigir do poder judiciário, ainda que legitimado pela justiciabilidade dos direitos sociais, a conduzir aprofundado juízo de ponderação sobre a adequação, necessidade e proporcionalidade da interferência⁹⁷.

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, divulgado em 29/04/2010, publicado em 30/04/2010.

⁹⁷ De forma semelhante, analisam Sarlet e Zockun: “Esta linha de entendimento, como se depreende de uma série de julgados, parece estar sendo privilegiada pelo STF, muito embora nem sempre este se tenha posicionado com clareza sobre a relação entre o núcleo essencial dos direitos sociais e o mínimo existencial, especialmente quanto ao fato de se tratar, ou não, de categorias fungíveis. (...) A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente

A preocupação, que se encontra retratada em alguns dos votos externados pelos ministros nos processos citados, deve ter em vistas a conciliação da divisão dos poderes e da prerrogativa de eleição e planejamento dos meios necessários à concretização dos direitos sociais à necessidade de preservação do mínimo existencial e do núcleo fundamental dos direitos fundamentais.

Sob tais bases, é possível concluir que se encontra relativamente superada a discussão sobre possibilidade ou impossibilidade de intervenção do poder judiciário em matéria de direitos sociais para resguardar o mínimo existencial no contexto brasileiro, especialmente diante do consolidado entendimento jurisprudencial nacional, o qual parece bem refletir as conclusões cunhadas pelo direito alemão.

Assim, revela-se mais relevante e desafiador, a partir de um cenário de inevitabilidade de intervenção, avaliar se a atuação do poder judiciário encontra-se sendo exercida com deferência à função dos demais poderes, traçando parâmetros para que esta seja exercida em sob um perfil dialógico que tenha como objetivo a maximização da concretização dos direitos sociais, que não importe uma ruptura desarmônica da separação dos poderes, sobre o qual se dedicará o capítulo que segue.

adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos” (2016, p. 128 e 137)

4 ANÁLISE DA JUSTICIABILIDADE DE DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL COM BASE NO RECLAME AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

4.1 O DIREITO À SAÚDE DISPOSTO CONSTITUCIONALMENTE

Tratando pois do caso brasileiro, é oportuna a lição de Ingo Sarlet, que reconhece, em meio à discussão terminológica sobre direitos fundamentais, que as categorias de direito eleitas pelo constituinte brasileiro revelam que estas “englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol”⁹⁸ reconhecendo franca inspiração na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976.

No plano nacional, a matéria recebia menções esparsas nas cartas constitucionais anteriores, desde a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI)⁹⁹, vindo a ser citado nas Constituições de 1934 (arts. 10, II e 121, §1º, *h*)¹⁰⁰, 1937 (art. 137, *l*)¹⁰¹, 1946 (art. 157, XIV)¹⁰² e de 1967 (art. 158, XV)¹⁰³, constantemente associada a um direito dos trabalhadores.

⁹⁸ Sarlet, 2011, p. 28.

⁹⁹ BRASIL, Constituição Política Do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 5 de março de 2023.

¹⁰⁰ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: II - cuidar da saúde e assistência públicas; Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 de março de 2023.

¹⁰¹ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 de março de 2023.

¹⁰² BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 de março de 2023.

¹⁰³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 de março de 2023.

Com a Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo um amplo e inovador rol de direitos e garantias fundamentais e, em especial, conduzindo ao cerne do ordenamento jurídico nacional a dignidade da pessoa humana, alçada à condição de fundamento constitucional, desenvolveu-se o direito de proteção e promoção à saúde com assento constitucional, ligado aos vários outros princípios constitucionais, mas passando a constar de seção própria.

Restou então criado pelo texto constitucional um sistema nacional único de ações e serviços públicos de saúde, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, instrumentalizado mediante políticas sociais e econômicas, visando a redução do risco de doença e de outros agravos, pautado no acesso universal e igualitário para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o referido direito se traduz em planos tanto individual como coletivo, despontando como um direito público subjetivo, assegurado à generalidade das pessoas, sob as balizas da universalidade e igualdade, em uma relação jurídica obrigacional cujo devedor é o próprio Estado, materializando-se assim, para este, em um autêntico dever fundamental de prestação da saúde por meio de políticas públicas.

A norma presente no art. 196 da Constituição Federal fixa a pedra fundamental sobre a qual se edificam as bases do direito ali insculpido, vindo a ser então instrumentalizado pelo Sistema Único de Saúde – SUS, na forma complementada pela redação do art. 198 da Carta.

Nesse sentido, o constituinte originário incumbiu o Estado, compreendendo toda a sua estrutura federativa, na obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, promovendo, em favor das pessoas e das comunidades, medidas que tenham por finalidade viabilizar e dar concretude ao direito à saúde instituído pela Constituição, estabelecendo, para tal, o modelo básico de organização e procedimento para a sua efetivação.

Assim, passou a existir a perene necessidade de se conferir efetiva promoção de tal direito, que surge revestido de caráter fundamental, ante a sua essencialidade, em concretização ao objetivo perseguido e fixado pelo legislador constituinte, a ser implementado mediante elaboração e adoção de políticas públicas, exurgindo com distinta relevância na medida da sua íntima ligação com o núcleo essencial do direito à vida.

Nesse sentido, é oportuno observar-se como a doutrina recepcionou o direito à saúde, sob os enfoques elencados pelo texto constitucional, o que fica claro em construção feita por José Afonso da Silva:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de

informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.¹⁰⁴

Do contexto normativo apresentado, no entanto, forçoso pontuar-se que as manifestações esparsas em cartas constitucionais anteriores à de 1988 já demonstravam o avanço histórico em direção à consagração do direito à saúde com proteção constitucional. Conforme enunciado por Bobbio, ainda que os direitos nasçam quando podem nascer, há de se reconhecer o progresso evolutivo concretizador destes e, sob tal perspectiva, do direito à saúde no contexto brasileiro.

Ainda assim, é ponto comum perceber que a consagração expressa e precisa em texto constitucional, em seção própria, não pode deixar ser vista como uma efetiva eleição do constituinte, a qual deverá ser observada, necessariamente, como diretriz concretizadora por todos os poderes.

O problema, evidentemente, exsurgiu da crescente necessidade de organização da administração pública para prestação do direito fundamental por meio da organização da política pública em sentido amplo, cada vez mais complexa e demandada, por meio da garantia de acesso efetivo a prestações de saúde reclamadas em proteção à vida.

Analisando-se o texto constitucional que dá alicerce ao direito, observa-se que este fixa o direito à saúde a partir de um condensado texto que se desdobra sobre vários elementos.

Primeiramente, ao definir que o direito à saúde é “*direito de todos e dever do Estado*”, observa-se do texto constitucional que o referido direito se traduz em planos tanto individual como coletivo. Assim, desponta como um direito público subjetivo, assegurado à generalidade das pessoas, em uma relação jurídica obrigacional cujo devedor é o próprio Estado, materializando-se assim, para este, em um dever fundamental de prestação da saúde.

Seguindo-se, é possível constatar que o comando constitucional define que tal direito será “garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. Nesses termos, restou determinado ao poder público a necessidade de formulação de políticas públicas de concretização do direito à saúde, destacando ainda a necessidade de fazê-lo em uma dimensão preventiva, as quais ostentam grau de prioridade, nos termos complementados pelo art. 198, II da Constituição Federal.

¹⁰⁴ Silva, 2005.

Nesse sentido, não se pode deixar de citar que, a priorização preventiva advém de uma visão moderna da saúde, que se encontra mais preocupada em evitar as doenças, o que tem menor custo social e financeiro.

Por fim, o comando constitucional finaliza arrematando que será garantido por meio de “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, evidenciando os aspectos de maior relevância e complexidade do comando constitucional: a universalidade do acesso à saúde, sob um aspecto de igualdade.

Especialmente se tratando da saúde, o direito atua como uma garantia constitucional de um padrão mínimo da satisfação das necessidades pessoais à consagração da vida, como consectário da dignidade da pessoa humana, assegurando a sua existência vital e, “além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”, nas palavras do ministro Celso de Mello¹⁰⁵, do Supremo Tribunal Federal.

Sob o enfoque da teoria constitucional, no entanto, há quem defenda que o direito à saúde se encontra situado dentre as normas constitucionais de eficácia limitada e de natureza programática, atuando como diretriz à atuação dos poderes públicos, mediante o planejamento de políticas públicas adequadas, cuja execução envolve desde a edição de normas legais e regulamentares até a prestação material destes¹⁰⁶.

Assim, existe franca tendência argumentativa de que a sua aquisição e plena exigibilidade acabam sendo condicionadas materialmente ao momento em que o serviço público correlato estiver organizado e em funcionamento, normativamente definidos os procedimentos e condições para a sua fruição.

Isso porque as balizas constitucionais do Sistema Único de Saúde foram desenvolvidas em um contexto essencialmente dirigente, em meio a uma multiplicidade de normas que impõem ao Estado a realização de políticas públicas socialmente ativas, voltadas ao atendimento das demandas sociais, que tornam premente a necessidade de definição do seu escopo de atuação, sob pena de tornar inexecutável o seu fim.

Nesse sentido, a complementação da norma programática foi procedida em âmbito infraconstitucional por meio das Leis n.º 8.142/1990 e n.º 8.080/1990, as quais efetivaram a criação do Sistema Único de Saúde, traçando objetivos, princípios e diretrizes, fixando o campo

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24/11/2000.

¹⁰⁶ Ramos, 2007, p. 337.

de atuação do sistema, regulamentando suas competências, e definindo o escopo da assistência integral definida no texto constitucional.

Ainda assim, em tais casos, a índole programática do direito exige mais do que a mera edição de normas infraconstitucionais para gozar de aplicabilidade integral, demandando esforço organizacional da administração que não se encerra na mera edição da norma, conforme define Elival da Silva Ramos:

Em outras palavras, a questão de sua implementação não pode ser equacionada com plena autonomia pelo direito e seu instrumental, envolvendo, a par da concretização legislativa, o exercício da função de governo (escolha de políticas públicas), da fundação administrativas, quer no tocante à prática de atos administrativos, quer no tocante à atividade material da Administração, a alocação e dispêndio de recursos financeiros, todas essas ações pressupondo a existência de condições socioeconômicas favoráveis ao seu desenrolar.¹⁰⁷

Sob tais balizas, o caráter de integralidade e universalidade do direito expressamente disposto em norma constitucional, dotada de forma normativa própria das constituições, tornou-se alicerce fértil para o direcionamento de reclames ao poder judiciário, fundamentados na necessidade de garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, a fim de que fosse compelido o poder público a prover o cidadão de determinadas prestações positivas derivadas do direito fundamental constitucional, que torna o direito à saúde um excelente exemplo para se tomar como base para a análise prática do tema desenvolvido na presente pesquisa.

Isso porque, ligando-se intimamente ao direito à vida, o reclame a prestações de saúde por parte do Estado, num contexto normativo que impõe acesso universal e integral, quase que inevitavelmente se inserirá no mínimo existencial, na medida em que a preservação da vida está contido no núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Pensar diferente significaria não elencar a promoção e preservação da vida como finalidade indisponível e inafastável de toda a sociedade, pondo relevante pecha de fundamentalidade impositiva ao sistema de direitos fundamentais.

De outro lado, todos os dias milhares de pessoas sofrem agravos à saúde de todas as naturezas, algumas destas até mesmo novas e sem tratamentos padronizados.

Sendo assim, genéricas formulações reflexivas sobre o tema colocariam: poderia o Estado se eximir da responsabilidade de auxiliar materialmente, por meio de prestações positivas, ao cidadão, sob pena de vulnerar o seu próprio direito à vida? E sob tal perspectiva de multiplicidade de demandas, como dever-se-ia comportar o poder judiciário, com vistas à já

¹⁰⁷ Ramos, 2007, p. 335.

admitida justiciabilidade de direitos sociais e frente a um fundado risco de vulneração ao mínimo existencial do cidadão?

Em outras palavras: onde e como alcançar-se-ia o equilíbrio entre necessidades do indivíduo, dever promotor e protetor do Estado e dever garantidor do poder judiciário frente a determinada omissão ou ameaça de violação do mínimo existencial?

Cria-se então uma tensão no âmbito da concretização do referido direito, que depende, em grande medida, de um esforço organizacional que equalize a demanda existente ao inafastável vínculo financeiro, uma vez sendo inevitavelmente subordinada a elaboração de uma política pública às possibilidades orçamentárias do Estado.

O ciclo relacional desenhado ilustra com perfeição o que se defendeu no presente trabalho: consciente da dimensão economicamente relevante dos direitos sociais, decorrentes especialmente de uma preponderante necessidade de instrumentalização por meio de prestações positivas, e da finitude de recursos existentes a disposição, cumpre ao Estado, ciente da reserva do possível, assumir uma postura de razoabilidade na gestão de recursos, em vistas a um compromisso maximizador de máxima promoção e proteção do direito fundamental.

Entretanto, caso as expectativas da sociedade em relação à melhoria das condições materiais de promoção do direito fundamental se intensifiquem em velocidade não acompanhada pelo ritmo da implantação e ampliação dos serviços públicos de saúde hábeis à sua concretização, a tensão criada entre as demandas dos cidadãos e respostas do poder público acaba por invocar a atuação do poder judiciário, no sentido de garantir a efetivação do direito fundamental à saúde assegurado na Constituição Federal, chamado a intervir no intuito de tutelar o direito constitucionalmente garantido.

E mais: o caráter de integralidade e universalidade do direito garantido pelo texto constitucional torna-se o alicerce para o reclame à proteção essencial do direito, baseado na necessidade de garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, por meio de reclame de prestações positivas específicas que, em alguma medida, encontra-se em consentâneo ao dever de promoção.

Célebres autores que tratam do tema, como Joachim Krell, refletiram sobre o reclame de direitos sociais num momento de certa maturação da força normativa da constituição e, em especial, das cláusulas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais sociais reputavam que “são poucos os meios jurídicos eficientes para combater a má aplicação dos recursos públicos”, conclamando uma ativa postura judiciária. A tal respeito, observa-se da produção acadêmica do autor:

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito. (...) o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material, “ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico.”¹⁰⁸

Nesse mesmo sentido, o célebre processualista Kazuo Watanabe defendia:

A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual “o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”. A segunda, que é consectária da qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle das políticas públicas. E não importa a espécie de demanda: meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva lato sensu. Consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que se procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc.) tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.¹⁰⁹

Observa-se, pois, que em algum momento existiu um certo clamor pelo uso do processo judicial como via para a concretização de direitos fundamentais e controle da atividade estatal.

O resultado foi que uma dicotomização crescente entre as necessidades da população e uma atribuída deficiência organizacional da administração desembocou no Supremo Tribunal Federal que, apreciando a matéria em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi chamado a enfrentar a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas.

Ao se debruçar sobre a matéria, a Suprema Corte, por meio de decisão monocrática do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45¹¹⁰, muito embora reconhecesse que a atribuição de formular e de implementar políticas públicas não se insere no âmbito das funções institucionais do poder judiciário, fixou a possibilidade excepcional de intervenção em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja

¹⁰⁸ Krell, 1999, p. 249 - 250.

¹⁰⁹ Watanabe, 2007, p. 854-855.

¹¹⁰ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que impugnada o veto presidencial ao §2º, do art. 55 do projeto de lei que originou a Lei Federal n.º 10.707/2003, tratando sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União do ano de 2004 por atribuída violação ao disposto no artigo 77 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, na forma da redação dada pela Emenda Constitucional n.º 29/200, bem como as normas de garantia do direito constitucional à saúde disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal por suprimir a quantidade de recursos efetivamente aplicados em “ações e serviços públicos de saúde” sob fundamento de indisponibilidade orçamentária.

fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado, fundamentando que os poderes legislativo e executivo se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. Ademais, restou fixado na decisão:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.¹¹¹

Isso posto, avocando ao Supremo Tribunal Federal o que chamou de “a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”, lançou a pedra fundamental para a intervenção do poder judiciário em matéria de políticas públicas quando descumpridas as normas diretivas eleitas pela Constituição Federal, especialmente e excepcionalmente quando as decisões políticas relevassem “o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”¹¹².

Percebe-se, portanto, que o contexto social, refletido no posicionamento judicial destacado, refletia uma pujança concretista pela via judicial a partir de uma atribuída inércia do Estado na promoção e proteção do direito à saúde, erigindo este à condição de direito subjetivo que representaria prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição.

O julgamento reverberou na prática jurídica nacional como premissa de que a efetivação do direito à saúde, em viabilização da plena fruição de uma condição adequada de existência digna, consubstanciada na ideia do mínimo existencial, não pode ser frustrada sob a invocação da cláusula da reserva do possível, ante a supremacia da dignidade da pessoa humana, notabilizando-se nesse sentido inclusive na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se observa do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário 639.337¹¹³:

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Revista trimestral de jurisprudência. v. 200. Brasília: Imprensa Nacional, 2007, p. 191-197.

¹¹² *Idem. Ibidem.*

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 14/09/2011.

contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. – (...) A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, 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. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

Não sem motivo, tal construção revela ser incabível ao Estado se eximir de implementar as políticas públicas efetivas que propiciem os meios necessários ao gozo do próprio direito social constitucional à saúde, na medida que não se pode permitir que o direito se torne mera promessa constitucional inconsequente, ao sabor do juízo de conveniência e oportunidade de se considerar prioritária sua efetivação.

A temática, assim, ganhou relevância ímpar, que merece atenção especial, o que é de plano verificável pela alta litigiosidade que, somente em 2022 ultrapassou a marca de 297 mil processos, tendo atualmente pendentes mais de 446 mil processos segundo o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) criado pelo Conselho Nacional de Justiça¹¹⁴ para acompanhamento específico das ações que versam sobre o tema.

Em verdade, a frustração das expectativas da sociedade no atendimento de seus pleitos tem o condão de converter, muitas vezes, em ativismo os reclames dirigidos ao poder judiciário objetivando a condenação do Estado de prestação de determinada prestação positiva as quais, caso não sejam analisadas de forma crítica e detida pelos juízes, podem tornar a atuação judicial em potencial desorganizadora das próprias políticas públicas que deveriam assumir o caráter implementador do direito social em decorrência da multiplicidade de tutelas concedidas.

¹¹⁴ Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel,>. Acesso em: 03 de junho de 2023.

Isso porque, em íntima ligação ao que se defendeu até aqui, a intervenção do poder judiciário na fixação de prestações positivas derivadas do direito fundamental deve guardar caráter de excepcionalidade, em deferência ao exercício das competências tipicamente delegadas aos poderes executivo e legislativo, a qual somente subsistirá caso observada efetivo e fundado risco de violação ao mínimo existencial.

Assim, retoma-se aqui a preocupação anteriormente manifestada sobre a análise do uso do mínimo existencial para asseverar-se que, num contingente processual conforme o observado pelo Fonajus, não pode este ser utilizado de forma retórica ou não fundamentada para intervir na política pública, sob pena de colocar em risco a totalidade do sistema prestacional pensado para tornar efetivo o direito.

Entretanto, na forma da análise acentuada por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “o estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas de saúde já existentes”, pontuando ainda que “o problema não é de inexistência, mas de execução”¹¹⁵.

Em verdade, conforme já traçado, dentre outros motivos, parece ser basilar que se reconheça que o sentimento de ineficiência da atuação estatal pela não implementação do direito fundamental, individual ou coletivamente entendido, seja em virtude de ausência de densificação legislativa do escopo da política pública, seja em decorrência de deficiência organizacional da própria administração, aliado à percepção coletiva de malversação de recursos e descrédito em valores e prioridades dos detentores do poder político para com as prioridades mais básicas do cidadão, são o combustível para a elevada judicialização.

A resposta do poder judiciário, em razão da abertura do texto constitucional em matéria de princípios e direitos fundamentais, assume a posição de garantidor de direitos constitucionais, por meio da densificação de seu conteúdo e eleição de meios concretos aptos a preservar o bem da vida tutelado, quando não cumpridas pelos poderes legislativo e executivo.

A esse respeito, no entanto, é preciso assimilar-se que a separação de poderes não é um fenômeno estático e imutável, não havendo como encerrá-lo numa norma estanque, mas sim conformar a intervenção judicial como parte do arranjo estruturado de proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais decorrente da revisão e adaptação dos mecanismos tradicionais.

¹¹⁵ Mendes; Branco, 2013.

Isso porque não se entende, a este ponto, que possa existir defesa pela *injusticiabilidade* dos direitos sociais.

Toda a construção até aqui traçada busca, evidentemente, situar que o conhecimento do reclame pelo poder judiciário ocorre e deverá ocorrer, não importando em uma disfunção ao sistema, de forma que não se entende como admissível a negativa da justiciabilidade dos direitos fundamentais frente a uma situação de omissão prestacional.

Isso porque, em diálogo com a realidade, é oportuno que se registre revela-se inegável a importância conferida ao direito à saúde.

No Brasil, a tendência de relevância à importância de proteção e promoção do direito frente a omissões tornou-se ainda mais acentuada com a assunção do poder por um governo de pauta de extrema direita que, apropriando-se de argumentos supostamente neoliberalistas, tratou com negação o exercício da função social do Estado, em omissão deliberada e declarada, em abstenção de cumprimento à opção constituinte de atribuir o Estado do dever coordenador e promotor do direito.

Ainda assim, a Constituição, os direitos fundamentais e a atuação dos poderes constituídos devem ser vistos como traços distintivos do Estado, de raiz comum e complementar, em ordem a uma preservação do seu equilíbrio.

A proposta, portanto, é de se assumir a inevitabilidade do diálogo entre os poderes por meio da intervenção judicial, cuja dimensão encontra-se em consentâneo ao que estabelece o ordenamento nacional, verificável no texto da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para incluir disposições acerca da eficiência na criação e na aplicação do direito público, fixando a necessidade de se considerar, na tomada de decisões, as suas consequências práticas, considerando obstáculos, dificuldades reais e exigências das políticas públicas.

Para tal, utilizou-se de pedidos de acesso à informação para obter os dados de números referentes a processos judiciais sobre a matéria e despesas realizadas em decorrência de decisões judiciais.

Isso posto, visando traçar um diagnóstico preciso acerca do crescente número de ações judiciais que reclamam prestações positivas referentes ao direito à saúde do poder público, buscar-se-á avaliar, com base nos constructos teóricos traçados ao longo do presente trabalho, o impacto das decisões judiciais recebidas para cumprimento pelo poder executivo, analisando o conteúdo da prestação determinada a fim de observar tanto as consequências jurídicas do

intervencionismo do poder judiciário e os efeitos estruturais gerados pelas multiplicidade de ações e decisões judiciais acerca da matéria.

Para tal, se buscará analisar o impacto das decisões judiciais em relação ao orçamento, bem como traçar o perfil das deficiências detectadas pelo poder judiciário, a fim de concluir se há um efetivo contexto de omissão pelo poder executivo e se a intervenção do poder judiciário encontra-se sendo exercida de forma razoável, a fim de verificar se o cenário interventivo encontra-se evidenciando um desequilíbrio estrutural à separação dos poderes.

Ao fim, buscar-se-á ainda analisar a possibilidade de formação de um padrão decisório de apreciação judicial da matéria que a torne justificada segundo os construtos teóricos de excepcionalidade justificada defendidos no presente trabalho.

4.2 ANÁLISE DOS DADOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE CONTRA A UNIÃO E DO IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Traçadas todas as bases conceituais fundacionais e normativas necessárias à análise do tema em cenário prático, elegeu-se o direito à saúde para análise do tema tendo em vista a conformação deste como direito fundamental com íntima ligação com o mínimo existencial e, portanto, proximidade intrínseca à dignidade da pessoa humana, dotado pelo constituinte brasileiro de traços característicos de universalidade e integralidade e que lhe erigiram como dever do Estado, por toda a sua estrutura.

Em aparente contraponto, tem-se a necessidade de instrumentalização da prestação do referido direito por meio de políticas públicas devidamente planejadas para tal e, conforme já traçado, ciente da dimensão economicamente relevante das prestações positivas decorrentes e da limitação dos recursos à disposição, o que levou o direito à saúde, prestado por meio do Sistema Único de Saúde, a aliar-se à necessidade de formulação das políticas públicas efetivadoras do direito à saúde por meio de escolhas alocativas técnico e orçamentariamente justificadas.

Nesse sentido, grosso modo, a política pública de saúde deve ser planejada a fim de eleger quais prestações positivas de saúde serão prestadas em que casos específicos, segundo variáveis próprias tecnicamente identificadas e eleitas, dimensionadas para o contingente de

mais de 203 milhões de habitantes, que é a população atual do Brasil segundo o censo demográfico feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹¹⁶.

E aqui, uma premissa deve ser de plano rejeitada: a integralidade constitucionalmente assegurada ao direito à saúde não quer dizer que o Estado irá atender e fornecer toda e qualquer prestação demandada pelo cidadão, as quais podem tanto não ser tecnicamente indicadas para o caso concreto, porquanto contraindicadas ou ineficazes.

Sob esta mesma ótica, a proposta de ativismo voltada ao poder judiciário buscando que seja compelido o Estado a fornecer determinada prestação deverá ser identificada e repelida.

Por dicção legal, observa-se que a elaboração e instrumentalização da política pública nacional alinhou-se à necessidade de “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso”, por expressa disposição do art. 19-Q, §2º, I da Lei 8.080/90¹¹⁷.

A referida estratégia alinha-se à instrumentalização da política pública de saúde em âmbito nacional, que é desenhada basicamente por meio de três instrumentos. O primeiro consiste nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - PCDT, consistentes em “documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos”¹¹⁸, na forma da definição disposta no art. 19-N, II da Lei n.º 8.080/1990, que denota nítido intuito de uniformização dos tratamentos disponibilizados à generalidade daqueles que se socorressem do sistema único, segundo um viés planejado e igualitário.

Outros dois instrumentos são a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), que compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde, e a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que é a seleção e a padronização de medicamentos indicados para

¹¹⁶ Conforme dado disponível em <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 28 de agosto de 2023.

¹¹⁷ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2023.

¹¹⁸ Texto da Lei 8.080/90, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28/09/2023.

atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS, conforme fixado pelo Decreto Presidencial n.º 7.508/2011¹¹⁹.

Os referidos instrumentos são elaborados com avaliação de critérios de acessibilidade, avaliação da gravidade do risco, indicadores e as metas de saúde, levando em consideração características regionais, estaduais e nacionais, bem como permanentemente monitorados segundo critérios de avaliação de desempenho e dos resultados, os quais servem de base para um processo de planejamento da saúde ascendente e integrado, do nível local até o federal, compatibilizando-se as necessidades das políticas de saúde com a disponibilidade de recursos financeiros, segundo as diretrizes fixadas pelo Decreto Presidencial n.º 7.508/2011.

Observa-se, portanto, que se encontram disciplinadas no plano normativo regras e diretrizes para a elaboração dos instrumentos necessários à instrumentalização da política pública necessária à implementação, no plano concreto, do direito fundamental à saúde.

Ainda assim, o poder judiciário, conforme traçado, vem se deparando com um elevado número de demandas voltadas contra o Estado visando a condenação na prestação de ações de saúde.

Isso posto, três hipóteses são possíveis: a primeira, que a prestação não é disponibilizada por assumida contra indicação técnica pela administração na elaboração da política pública, o que se caracterizaria com uma negativa, ainda que não expressa; a segunda, que a prestação não é disponibilizada tendo em vista ausência de avaliação de padronização ou adequação daquela prestação àquele agravo em saúde em específico; ou terceiro, que a prestação, mesmo sendo assumidamente adequada e padronizada ao tratamento do agravo em específico, já incluída nas relações e protocolos objeto do planejamento, não foi disponibilizada por ausência de planejamento executório.

Sob tal perspectiva, objetivou-se analisar o comportamento relacional existente entre o poder executivo e o poder judiciário no que concerne à percepção da justiciabilidade dos direitos sociais e o impacto da efetiva assunção deste papel pelo poder judiciário, a partir do impacto decorrente do cumprimento de decisões judiciais pelo poder executivo, inferindo a partir destes a forma como o poder judiciário tem assimilado a possibilidade de intervenção e a excepcionalidade desta, bem como analisando se existe uma desorganização da política pública em decorrência de tal atuação.

¹¹⁹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 28/09/2023.

Para tal, faziam-se necessários tanto os dados relativos à propositura de demandas perante o poder judiciário, como relativos ao cumprimento de decisões cominatórias proferidas.

Para proceder-se com a análise, no entanto, um recorte mostrou-se necessário.

Isso porque, conforme observa-se do texto constitucional, a saúde é direito de todos e dever do Estado, por toda a sua estrutura federativa, o que significa que União, estados e municípios podem ser demandados com o objetivo de terem contra si cominadas ordens judiciais de determinação de prestações positivas atinentes ao direito à saúde.

Para realizar-se, portanto, a coleta proposta, que analisasse não só o número de demandas propostas perante o poder judiciário, mas também o impacto efetivo observado pelo poder executivo no cumprimento de tais ordens, seria necessário solicitar informações de todos os 27 tribunais estaduais e dos 6 tribunais regionais federais, o que ainda assim seria crível, porém trabalhoso, mas de outro lado da União, dos 26 estados, Distrito Federal e dos 5.568 municípios, o que tornar-se-ia impossível.

A par de tal constatação prática, o relatório “Judicialização e Sociedade: Ações para avesso à saúde pública de qualidade” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2021¹²⁰ apurou que em 79,5% dos municípios e em 38,1% dos estados não há sistema de consulta das demandas ajuizadas pelos órgãos centrais de planejamento e execução da política pública de saúde, o que reforça a dificuldade de obtenção dos dados referentes a tais entes.

Isso posto, sendo necessário portanto um recorte que tornasse a pesquisa exequível, optou-se por voltá-la à análise dos dados atinentes à União.

Para tal, baseado no disposto na Lei n.º 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação (LAI), criada com o objetivo de trazer transparência ao cidadão quanto a informações de caráter público detidas pelos entes estatais e por todos os poderes, especialmente em observância à previsão constitucional da regra geral de publicidade dos atos referentes aos processos judiciais por força do disposto no art. 5º, LX, Constituição Federal de 1988, formulou-se pedidos de informação dirigidos aos órgãos dos poderes executivo, legislativo e judiciário a fim de obtenção das referidas informações que possibilitassem a análise.

Para tal inicia-se com um panorama acerca do quantitativo de processos judiciais que ingressaram no poder judiciário.

Para tal, formulou-se ao Conselho Nacional de Justiça pedido de acesso à informação, registrado sob protocolo número 384532, solicitando o fornecimento dos números acerca da

¹²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 63.

judicialização envolvendo assuntos específicos, extraídos das tabelas unificadas de assuntos elaboradas pelo próprio CNJ.

Em resposta, o CNJ informou que os número de processos por classe ou assunto estariam disponíveis nos portais “Justiça em números” (2009/2021) e “Painel de Estatísticas” (2021 adiante), remetendo ao uso dos referidos painéis, que consolidariam as informações pretendidas e as disponibilizariam ao público.

Utilizando-se o painel Justiça em Números, obteve-se os seguintes números sobre judicialização em matéria de saúde perante a justiça federal:

TABELA 1 – Número de processos novos cadastrados na Justiça Federal com assunto referente ao direito à saúde por ano (2014 / 2019)

Ano	Assunto - Nome1	Assunto - Nome2	Assunto - Nome3	Código	Total
2014	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Serviços	Saúde	10064, 11854, 11856, e 11855	1.934
2015	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Serviços	Saúde	10064, 11854, 11856, e 11855	1.054
2016	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Serviços	Saúde	10064, 11854, 11856, e 11855	1.899
2017	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Serviços	Saúde	10064, 11854, 11856, e 11855	4.669
2018	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Serviços	Saúde	10064, 11854, 11856, e 11855	6.229
2019	DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO	Serviços	Saúde	10064, 11854, 11856, e 11855	6.376
	DIREITO DA SAÚDE	Pública	Sistema Único de Saúde (SUS)	12518 e 12511	

Fonte: O autor (2023). Adaptado de CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Painel Justiça em Números)¹²¹

A partir de 2020, a base nacional de dados do poder judiciário (DATAJUD) do Conselho Nacional de Justiça consolida as informações processuais em painel estatístico que possui aba específica para o direito à saúde¹²², que apontam a existência de 44,95 mil novos processos em 2020, 60,05 mil processos em 2021, e 68,84 mil novos processos em 2022, em matéria de saúde pública no âmbito da justiça federal.

¹²¹

Disponível

em

http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 26 de junho de 2023.

¹²² Disponível em <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 26 de junho de 2023.

Os dados obtidos neste segundo painel colocam certa dúvida sobre a retratação fidedigna pelos primeiros dados acerca da judicialização da saúde pública, posto o enorme salto que estes retratariam de 2019 para 2020.

Ainda assim, utilizando-se como base os dados consolidados referentes aos anos de 2020 a 2022, estes já conseguem retratar a dimensão da judicialização envolvendo a matéria.

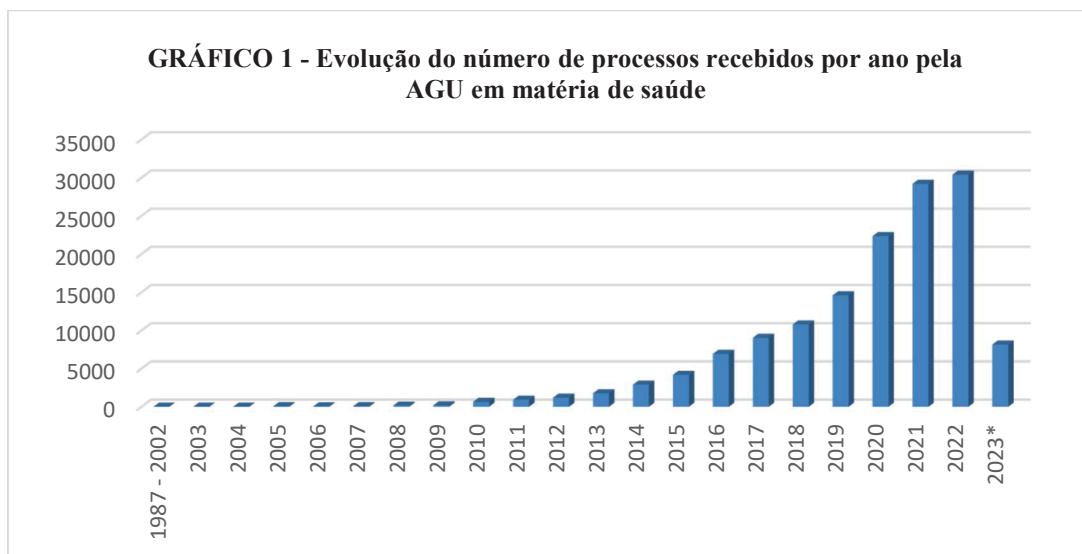
Entretanto, o número de processos novos ingressados no poder judiciário não é capaz de, por si só, elucidar o impacto da interferência judicial em matéria de saúde.

Isso porque, conforme destacado anteriormente, o que se visa avaliar no presente trabalho é, em linhas gerais, a forma como a interação entre poder judiciário e poder executivo encontra-se se desenvolvendo.

Assim, optou-se por centrar os dados da pesquisa naqueles fornecidos pelo poder executivo, uma vez que estes conseguem retratar com maior fidedignidade os desdobramentos da efetiva intervenção do poder judiciário quando esta efetivamente ocorrer, com a cominação de prestações ao poder executivo.

Assim, visando tornar a análise mais precisa e expressiva do impacto que se visava analisar, formulou-se pedido de acesso à informação direcionado à Advocacia Geral da União - AGU, solicitando-se o número de processos judiciais recebidos em que se demandava ações e serviços de saúde da União, número de decisões judiciais recebidas para cumprimento e informações acerca da existência de controle, classificação e indexação dos processos judiciais sobre o tema por natureza da prestação vindicada.

Em resposta, o órgão apresentou relatório extraído do sistema de gestão processual SAPIENS, informando o número de processos recebidos, com classificação por assunto, abrangendo a série histórica de 1987 a abril de 2023, constantes da tabela 1 dos anexos deste trabalho, cujo sumário resumido se comportou da seguinte forma:



Fonte: O autor (2023).¹²³

Diferentemente dos números de judicialização extraídos dos sistemas do CNJ, consegue-se observar dos dados de processos recebidos para defesa da União em matéria de saúde pela AGU um comportamento mais gradual e ordenado que, ainda assim, revelam uma crescente desde o ano de 2007 que chegou aos 30 mil processos recebidos pela AGU em 2022.

Ademais, o relatório fornecido pela AGU continha a identificação da distribuição por assuntos, que tinha a seguinte composição:

TABELA 2 – Número de processos recebidos pela AGU em matéria de saúde por assunto cadastrado

Assunto	Subtotal por assunto	% por assunto
Fornecimento de medicamentos (26469, 23252, 26467 e 26435);	87059	60,54%
Não padronizado (26476)	31704	22,05%
Padronizado (26456)	13337	9,27%
Fornecimento de medicamento para tratamento oncológico (23795)	3006	2,09%
Fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA (23816)	145	0,10%
Subtotal parcial de fornecimento de medicamentos de todas as naturezas	135251	94,05%
Tratamento médico-hospitalar (26462)	7013	4,88%
Internação/transferência hospitalar (26436)	796	0,55%

¹²³ Elaborado segundo dados fornecidos pela ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (Sistema Sapiens), por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 01015.003327/2023-31 em 03 de maio de 2023.

Cadeira de rodas / cadeira de banho / cama hospitalar (26414)	368	0,26%
Serviços hospitalares (21066)	137	0,10%
Tratamento domiciliar (Home Care) (28790)	137	0,10%
Doação e transplante de órgãos, tecidos ou partes (26379)	68	0,05%
Doação e transplante de órgãos; tecidos e partes do corpo humano (23234)	35	0,02%
Incorporação de medicamentos não registrados pela ANVISA (23533)	2	0,00%
Total	143807	100,00%

Fonte: O autor (2023). Adaptado de ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (Sistema Sapiens)¹²⁴

Registre-se que foi formulado ainda pedido de esclarecimento acerca dos assuntos elencados como padronizado e não padronizado (Pedido de Acesso à Informação n.º 00697.000240/2023-18), que foi atendido para esclarecer que a classificação dos referidos assuntos segue a tabela do Conselho Nacional de Justiça¹²⁵, sendo estes assuntos complementares do assunto de fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, os quais são divididos entre padronizados e não padronizados¹²⁶.

Isso posto, observa-se que mais de 94% das ações movidas contra a União tendo por objeto a postulação de determinações de ações e serviços em saúde objetivavam o fornecimento de medicamentos.

Ainda assim, conforme já exposto, o número de processos, sejam estes ajuizados perante o poder judiciário e recebidos para contestação pela União, muito embora consista em dado extremamente relevante para o adequado enfrentamento processual da matéria, não são capazes de exprimir o impacto percebido pela União Federal em decorrência de decisões judiciais.

¹²⁴ Fornecida por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 01015.003327/2023-31 em 03 de maio de 2023.

¹²⁵ Disponível em https://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_assuntos.php.

¹²⁶ No âmbito do SUS, os medicamentos indicados para o atendimento de doenças ou de agravos são aqueles selecionados e padronizados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), criada pela Resolução n.º 1/2012 do Ministério da Saúde. Complementarmente, a Lei 8.080/90 estabelece que “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.”. Portanto, cabe ao Ministério da Saúde, por toda a sua estrutura e por meio de órgãos de assessoramento específicos, a revisão e a atualização periódica da RENAME e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, em processo que pode envolver a incorporação de novos medicamentos, a exclusão ou a alteração de medicamentos que, quando indicados a determinada doença ou agravo à saúde, são ditos padronizados, sendo não padronizados aqueles que não se encontram indicados.

Isso posto, visando se mensurar o impacto orçamentário decorrente de tais ações e apurar-se a existência de acompanhamento e monitoramento deste, primeiro formulou-se pedidos de acesso à informação à Câmara dos Deputados (protocolo 230626-000247) e ao Senado Federal (protocolo 23001835815), solicitando informações acerca da existência de acompanhamento da execução da política pública de saúde, especialmente no que concerne ao impacto estrutural orçamentário da judicialização da saúde no Brasil, solicitando, caso houvesse, os números levantados pelas casas legislativas.

Os referidos pedidos foram formulados considerando a competência constitucionalmente conferida ao Congresso Nacional de realizar fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, na forma disposta pelo art. 70 da Constituição Federal.

Em resposta, a Câmara dos Deputados, por meio da Comissão de Saúde e da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da casa, informaram não existir acompanhamento ou monitoramento do impacto orçamentário gasto com o cumprimento de decisões judiciais em matéria de saúde.

Quanto ao Senado Federal, este informou, por meio da Comissão de Assuntos Sociais, que não existe tal acompanhamento ou monitoramento, informando, entretanto, que a Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle e pelo Prodasen desenvolveram e mantém o sistema SIGA Brasil à sociedade, que permite acesso amplo e facilitado aos dados do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI e a outras bases de dados sobre planos e orçamentos públicos.

Isso posto, utilizou-se da consulta sistema SIGA Brasil, desenvolvido pelo Senado Federal para permitir acesso amplo e facilitado aos dados do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI da União e a outras bases de dados sobre planos e orçamentos públicos de maneira integrada.

Por meio do sistema, extraiu-se informações das despesas anualmente executadas pela União na função saúde na categoria de despesas correntes, de forma geral e especificamente no elemento de despesa 91 - sentenças judiciais, para traçar-se um comparativo, que revelou o seguinte cenário:

TABELA 3 – Volume de despesas executadas na função saúde pela União constante do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI

Ano SIAFI	Despesa Executada (Sentenças judiciais)	Despesa Executada (Despesas correntes)	%
-----------	---	--	---

2010	R\$ 80.404.697,00	R\$ 58.625.636.230,00	0,137%
2011	R\$ 141.394.195,00	R\$ 68.027.239.974,00	0,208%
2012	R\$ 132.260.444,00	R\$ 74.753.359.253,00	0,177%
2013	R\$ 135.240.857,00	R\$ 80.204.626.466,00	0,169%
2014	R\$ 165.151.050,00	R\$ 88.642.150.129,00	0,186%
2015	R\$ 175.086.708,00	R\$ 98.340.347.453,00	0,178%
2016	R\$ 106.080.810,00	R\$ 103.246.341.501,00	0,103%
2017	R\$ 85.317.911,00	R\$ 110.714.217.013,00	0,077%
2018	R\$ 64.708.836,00	R\$ 115.724.341.901,00	0,056%
2019	R\$ 65.549.563,00	R\$ 121.788.837.069,00	0,054%
2020	R\$ 166.667.427,00	R\$ 158.900.246.802,00	0,105%
2021	R\$ 794.187.271,00	R\$ 178.031.485.883,00	0,446%
2022	R\$ 581.837.189,00	R\$ 150.342.976.782,00	0,387%
2023*	R\$ 584.951.530,00	R\$ 119.629.911.373,00	0,489%

*Até 24 de outubro de 2023

Fonte: O autor (2023).¹²⁷

Neste momento, o impacto da intervenção do poder judiciário começa a se tornar aparente, num panorama geral.

Tomando por base a evolução processual observada nos números informados pela Advocacia Geral da União, tem-se que o incremento do número de ações judiciais não reflete no incremento de dotação orçamentária destinada ao cumprimento das referidas decisões judiciais, que fica na média de 0,176% do total da despesa executada referente às despesas correntes, se considerados os anos de 2010 a 2022, tendo em vista a não conclusão do ano de 2023.

Isso porque enquanto o número de processos judiciais tenha revelado uma crescente de incremento percentual médio de 54,44% ao ano de 2010 a 2022, as despesas executadas em decorrência de decisões judiciais, tanto em valores absolutos, quanto em percentual do total das despesas correntes, chegam a diminuir até o ano de 2019, somente voltando a aumentar em 2020 e, mais expressivamente, nos anos de 2021 e 2022, os quais coincidem com a excepcionalidade da pandemia do coronavírus.

Portanto, a análise dos dados revela que um maior número de processos judiciais não importa necessariamente um maior número de despesas com o cumprimento de decisões judiciais, o que já permite inferir a existência de atenção do poder judiciário ao rigor esperado na análise dos referidos pleitos.

¹²⁷ Elaborada a partir dos dados obtidos SENADO FEDERAL (Sistema SIGA Brasil / Consultoria de Orçamentos / Prodasen). Disponível em <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Consulta realizada em 24 de outubro de 2023.

Entretanto, ainda que já seja possível observar-se que o impacto da execução de despesas em decorrência de sentenças judiciais não sejam tão expressivas quando comparadas ao montante das despesas correntes, cumpre observar-se que tal montante engloba todas as despesas operacionais destinadas à manutenção dos serviços públicos em atividade, aí incluindo-se despesas com pessoal, encargos, material de consumo, serviços, dentre outros, de forma que tal distanciamento minimizaria o impacto efetivo da intervenção do poder judiciário.

Ainda que percentualmente inexpressivo, os dados apurados demonstram que o impacto orçamentário com a execução de despesas em decorrência de decisões judiciais ficou na média de 115,12 milhões de reais anuais se considerados os anos de 2010 a 2019, média esta que salta para 234 milhões de reais anuais quando considera-se adicionalmente os anos de 2020 a 2023, o que deve ter em conta a excepcionalidade da crise pandêmica.

O cotejo entre volume processual, composição percentual por assunto e volume de recursos gastos constantes da execução orçamentária como destinados ao cumprimento de decisões judiciais permitem, assim, traçar premissas gerais acerca da judicialização da saúde, revelando que o objeto mais perseguido é o oferecimento de medicamentos, demanda esta que não parece, a partir do comparativo de despesa executada, promover um efetivo desequilíbrio da política pública ou do orçamento.

Entretanto, conforme referido, o perfil da propositura de demandas não consegue revelar o perfil da postura do poder judiciário frente a tais demandas, especialmente sob o enfoque das cominações direcionadas à União por força de decisões judiciais.

Isso posto, solicitou-se do Ministério da Saúde, por meio de pedido de acesso à informação, o número de decisões judiciais individuais encaminhadas para cumprimento pelo Ministério da Saúde em que houvesse determinação à União de prestação de ações e serviços de saúde, o valor gasto com o cumprimento e o fornecimento da listagem dos tratamentos fornecidos em decorrência de decisões judiciais (Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76).

No referido pedido, houve negativa de fornecimento da informação pelo Departamento de Gestão das Demandas em Judicialização na Saúde do Ministério da Saúde fundada impossibilidade de fornecimento dos dados, tendo em vista que a sua prestação exigiria trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, em aplicação ao disposto no art. 13, III do Decreto Federal n.º 7.724/2012, regulamentando a Lei de Acesso à Informação no âmbito da administração pública federal.

Ainda assim, remetido o pedido ao Departamento de Logística em Saúde – DLOG, foi fornecido por este a listagem de todas as aquisições procedidas pelo Ministério da Saúde entre os anos de 2000 e 2023.

Segundo o site oficial do Ministério da Saúde, compete ao Departamento de Logística em Saúde - DLOG planejar o processo de logística integrada de insumos estratégicos para a saúde, coordenando os processos de orçamento e execução de compras de bens e das contratações de serviços relativos a insumos estratégicos para a saúde¹²⁸.

Portanto, todos os processos de aquisição de insumos para a execução da política pública de saúde são coordenados pelo referido departamento.

A referida listagem continha as informações dos itens adquiridos, com indicação de descrição do item comprado, classificação CATMAT do item, quantidade comprado, valor unitário e total homologado, data da compra, modalidade de compra, justificativa de dispensa / inexigibilidade e identificação do fornecedor, em um total de mais de 63 mil processos de aquisição ao todo.

Isolando-se a justificativa de dispensa / inexigibilidade de licitação, definição com valor a indicação de compra decorrente de decisão judicial, conseguiu-se identificar todas as aquisições feitas no período por força de cumprimento de decisões emanadas pelo poder judiciário.

Utilizando-se de um comparativo com o subtotal geral de valores correspondentes às aquisições de forma geral, executadas ou não em decorrência de decisões judiciais, conseguiu-se mensurar o impacto das despesas correspondentes a aquisições de insumos de saúde decorrentes de decisões judiciais anualmente, chegando-se ao seguinte cenário:

TABELA 4 – Comparativo entre aquisições gerais do Departamento de Logística em Saúde - DLOG do Ministério da Saúde e aquisições decorrentes de decisões judiciais por ano

Ano	Qtd aquisiç. [DLOG]	Qtd aquisiç. [Judicial]	Valor total [DLOG]	Valor total [Judicial]	% valor judicial/total DLOG
2000	477	0	R\$149.046.333,49	0	-
2001	927	0	R\$317.553.050,44	0	-
2002	1018	0	R\$741.316.085,58	0	-
2003	1573	0	R\$570.277.963,60	0	-
2004	1274	24	R\$1.282.668.397,24	R\$165.081,51	0,01%
2005	2112	336	R\$2.353.178.368,10	R\$1.248.734,46	0,05%
2006	3746	1414	R\$1.820.781.957,13	R\$5.194.108,75	0,29%
2007	4072	1688	R\$1.703.648.781,86	R\$27.097.796,87	1,59%

¹²⁸ Conforme informações contidas em <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/se/competencias>. Acesso em: 24 de agosto de 2023.

2008	5490	2824	R\$1.605.317.926,20	R\$77.448.389,45	4,82%
2009	5305	3139	R\$3.533.182.207,77	R\$101.968.420,86	2,89%
2010	5642	3077	R\$3.143.043.460,11	R\$100.673.763,30	3,20%
2011	3872	2563	R\$4.496.008.213,45	R\$206.574.679,78	4,59%
2012	3627	2837	R\$3.768.298.576,53	R\$322.591.252,84	8,56%
2013	3035	2509	R\$5.144.633.048,44	R\$436.760.765,90	8,49%
2014	3814	3030	R\$6.333.266.417,95	R\$700.831.622,45	11,07%
2015	4900	4019	R\$8.600.775.074,87	R\$614.082.590,96	7,14%
2016	3863	3285	R\$9.812.389.172,86	R\$1.249.509.984,21	12,73%
2017	2382	1891	R\$9.188.179.096,41	R\$977.330.251,71	10,64%
2018	1924	1278	R\$13.937.380.538,14	R\$1.396.047.399,53	10,02%
2019	1170	729	R\$9.904.108.843,55	R\$746.901.371,38	7,54%
2020	1096	697	R\$10.862.618.476,53	R\$1.535.297.748,99	14,13%
2021	896	537	R\$18.148.105.980,41	R\$1.015.308.926,95	5,59%
2022	1134	577	R\$14.072.478.727,61	R\$610.675.959,89	4,34%

Fonte: O autor (2023).¹²⁹

Dos referidos valores, observa-se, em um primeiro momento, uma discrepância dos valores referentes às aquisições com justificativa em decisões judiciais daquelas informadas pelo sistema de administração financeira da União em dotação orçamentária específica.

A hipótese, neste caso, a qual somente seria aferível e verificável por uma auditoria orçamentária é que, ainda que havendo dotação orçamentária específica, a União não adequou esta ao longo da execução da despesa, utilizando recursos de outras dotações orçamentárias para arcar com os gastos que se fizeram necessários.

Aponta-se que a discrepância chega a ser superior a 20 vezes em 2018 e superior a 10 vezes nos anos de 2016, 2017 e 2019, demonstrando, em alguma medida, a ausência de planejamento da União no atendimento de decisões judiciais sobre a matéria.

Se comparando o valor total anual correspondente às aquisições em decorrência de decisões judiciais com o total das despesas correntes executadas anualmente na função saúde, observa-se que o impacto percentual passa dos anteriores 0,176% para 0,671%, se considerados os anos de 2010 a 2022, tendo em vista a não conclusão do ano de 2023, chegando a passar de 1% de todas as despesas correntes executadas da função saúde nos anos de 2016 e 2018.

Detendo-se aos números expressos na tabela 4 em si, observa-se que, ainda que haja um número expressivo de aquisições em decorrência de decisões judiciais, que a partir de 2008 representam mais da metade dos processos de aquisição, a análise demonstra que tais aquisições em decorrência de decisões judiciais só representaram mais de 10% do valor total de aquisições nos anos de 2014, 2016, 2017, 2018 e 2020, tendo sido neste último quando atingiu sua maior

¹²⁹ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76.

expressão, representando 14,13% do total de aquisições, o que deve ser considerado com as ponderações de ter sido o ano de início da pandemia do coronavírus.

Portanto, observa-se que a análise circunscrita ao assunto de maior demanda dentre as ações judiciais, atinentes ao fornecimento de medicamentos, não chega a 15% do valor executado por força do planejamento do poder executivo. Em verdade, levando-se em consideração as aquisições feitas de 2004 a 2022, excluindo-se 2023 por não ter ainda se concluído, 7,806% do valor total de aquisições de insumos para a saúde foram em decorrência de decisões judiciais, o que permite inferir que não está havendo um completo atropelo na execução da política pública por força de intervenção do poder judiciário, de forma que o planejamento e organização da política pública encontra-se sendo preponderantemente planejado e executado pelo poder executivo.

Seguindo, cito que a listagem fornecida pelo Ministério da Saúde encontra-se indexada por meio do Catálogo de Materiais - CATMAT do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG do Ministério da Economia - ME¹³⁰, que é um sistema sequência alfanumérica que permite a catalogação dos materiais destinados às atividades da Administração Pública, estabelecendo uma linguagem uniforme e padronizada de identificação, codificação e descrição de materiais, de uso obrigatório para as aquisições do governo federal.

Além de identificar de forma específica o item, a classificação permite ainda se acessar a classificação em grupos e subgrupos de materiais.

Visando-se então traçar um perfil específico das aquisições feitas em decorrência de decisões judiciais, utilizou-se da classificação em grupos e subgrupos, os quais encontram-se dispostos nas tabelas 06 e 07.

A partir de tal classificação, traçou-se uma análise percentual interna aos grupos e subgrupos da expressão das aquisições judiciais em meio a estes, a fim de identificar se as aquisições judiciais encontram-se desequilibrando o volume de despesas já previstos para cada um dos grupos e subgrupos.

Ademais, analisou-se o percentual de participação de cada um dos grupos e subgrupos em relação ao volume de despesas com aquisições judiciais, a fim de identificar o que se encontra sendo o foco das aquisições em decorrência de decisões judiciais.

¹³⁰ Os dados referentes à planilha CATMAT encontra-se disponíveis em <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/consulta-detalhada/planilha-catmat-catser>.

Observa-se a partir do tratamento dos dados obtidos que o subgrupo de drogas e medicamentos (cód. CATMAT 6505) consiste em mais de 99% do volume total dos recursos gastos com aquisições decorrentes de decisões judiciais.

Ainda assim, em relação do volume total de valores gastos correspondentes a aquisições da administração, observa-se que apenas 10,91% foram gastos por força de decisões judiciais, o que ainda assim corresponde a uma cifra de mais de 10 bilhões de reais.

Todos os demais subgrupos não conseguem atingir participação expressiva nos gastos, sendo o item seguinte mais expressivo o de instrumentos, equipamentos e suprimentos médicos e cirúrgicos (cód. CATMAT 6515), que representa apenas 0,81% do valor total dos gastos decorrentes de aquisições judiciais.

Quanto ao comparativo de volume de recursos correspondentes a aquisições espontâneas da administração e volume de recursos gastos em decorrência de decisões judiciais, algumas discrepâncias, ainda que inexpressivas em volume total, demonstram que alguns subgrupos de materiais foram comprados exclusivamente ou quase que exclusivamente em decorrência de decisões judiciais.

O mais expressivo é de alimentos especiais dietéticos e preparados alimentícios (cód. CATMAT 8940), que teve mais de 96% de sua aquisição decorrente de decisões judiciais, em volume que supera o valor de 1 milhão de reais, ainda que, globalmente, corresponda a aproximadamente somente 0,01% dos valores despendidos em decorrência de decisões judiciais.

O dado demonstra que alimentos especiais dietéticos e preparados alimentícios tem sido insumos à saúde não disponibilizados espontânea e planejadamente pelo poder executivo, mas por serem considerados essenciais à saúde, tem tido o seu fornecimento determinado pelo poder judiciário, o que indica a necessidade do poder executivo de avaliar a viabilidade técnica de incorporá-los à política pública de saúde, se ainda não o tiver feito, sob pena de ser submetido a fazê-lo por meio judicial

Os subgrupos de recipientes especializados para transporte e armazenagem (cód. CATMAT 8145); perfumes, artigos para toalete e toucador (cód. CATMAT 8510); brocas, alargadores, escariadores, manuais e para uso em máquinas (cód. CATMAT 5133); e combustíveis sólidos (cód. CATMAT 9110) também foram expressivamente adquiridos quase que exclusivamente em decorrência de decisões judiciais, mas em valores sem expressão econômica frente ao vulto de recursos sobre o qual debruça-se a amostra e em quantidades praticamente pontuais, de forma que não alteram a análise.

Isso posto, tem-se que efetivamente a preocupação deve voltar-se para a judicialização de drogas e medicamentos, os quais ocupam a margem de impacto efetivo em termos de demandas voltadas contra a União.

Ainda analisando-se os dados obtidos, isolou-se em dois grupos, para fins de comparação, os itens adquiridos exclusivamente em decorrência de decisões judiciais daqueles que foram adquiridos apenas parcialmente em decorrência de decisões judiciais, ou seja, que tiveram parte da aquisição feita espontaneamente pela administração pública.

Observou-se que 1417 itens foram adquiridos exclusivamente em decorrência de decisão judicial, conforme dado constante da tabela 08, o que é um número aparentemente elevado, uma vez que o total de tipos de insumos para a saúde adquiridos no período foi de 1903 itens.

Entretanto, o volume de recursos gastos com tais itens corresponde a somente 7,5% do montante gasto em decorrência de decisões judiciais, representando 0,79% do volume de aquisições do Ministério da Saúde, conforme dados constantes da tabela 08.

Ou seja: a determinação de fornecimento de prestações materiais decorrentes do direito à saúde pelo poder judiciário à União que não são espontaneamente fornecidos pela política pública, isto é, que não se encontram incorporados à política pública, não possui impacto efetivo de nem 1% frente ao volume de gastos correspondentes às aquisições de insumos para a saúde.

Noutro giro, 486 itens foram adquiridos parcialmente por aquisições regulares, parcialmente por força de decisão judicial, o que corresponde a 92,5% de todas as aquisições decorrentes de decisões judiciais. As aquisições por força de decisão judicial representaram 16,14% do valor total das aquisições de insumos de saúde feitas pela União, conforme demonstrado na tabela 10.

Os números nos permitem concluir que o maior impacto orçamentário sentido pelo poder executivo em relação ao cumprimento de decisões judiciais em matéria de saúde pública direcionadas à União não tem por objeto prestações inéditas ou casuísticas, mas sim visam determinar o fornecimento de itens que são adquiridos e, pressupõe-se, fornecidos regularmente.

Muito embora existam itens adquiridos exclusivamente por força de decisão judicial, a inexpressividade de tais itens é demonstrada orçamentariamente, correspondendo a menos de 1% do montante gasto com insumos para a saúde, o que denota caráter de excepcionalidade de sua aquisição

Refletindo sobre a realidade demonstrada por tais números, pode se inferir acerca da intervenção judicial que não prepondera nesta uma tendência de criação de políticas públicas ou a derivação casuística de prestações materiais, revelando um alinhamento com a defendida excepcionalidade de intervenção criativa do poder judiciário em colmatar lacunas não preenchidas pelos poderes executivos e legislativo, a quem competem precipuamente a formulação das políticas públicas.

Igualmente não se observou a existência de impacto efetivo decorrente da intervenção que pusesse em risco a organização e o planejamento necessários à instrumentalização de uma política pública desenhada para atender ao direito fundamental.

Em verdade, a coincidência existente de necessidade de recursos para cumprimento de decisões judiciais de aquisição de itens que também foram espontaneamente adquiridos pela administração permite inferir-se que a interferência judicial encontra-se sendo necessária para impor o fornecimento de prestações que já encontravam-se planejadas, mas em quantitativo inferior ao necessário, gerando um desabastecimento que leva o cidadão a valer-se do poder judiciário para ver garantido o fornecimento de determinada prestação que esperar-se-ia que fosse garantida sem a necessidade de coerção judicial, que é um forte indicativo de ineficiência prestacional.

Seguindo-se, fez-se um pequeno recorte para observar se existe recorrência de intervenção judicial com o mesmo objeto.

Para tal, definiu-se a existência de recorrência de aquisições judiciais quando existe mais de uma aquisição feita por ano¹³¹.

A tabela 12, elaborada com o citado parâmetro, indica que 373 itens tiveram que ter a aquisição determinada pelo poder judiciário recorrentemente.

A constatação fica ainda mais evidente a partir da tabela 13, em que se traz a relação dos itens com maior número de aquisições decorrentes de decisões judiciais.

Salta aos olhos que existem itens que foram objeto de mais de 900 procedimentos de compras decorrentes de decisões judiciais.

Igualmente salta aos olhos que um medicamento básico como a insulina teve que ser objeto de mais de 1900 procedimentos de compra, correspondentes a quase 30 mil unidades somente em decorrência de decisões judiciais, mesmo sendo um dos fármacos com maior

¹³¹ Sendo a listagem apresentada correspondente aos anos de 2000 a abril de 2023, definiu-se como parâmetro o número de 23,5 compras feitas no período.

número de recorrência, destinado ao tratamento de diabetes tipo 1, doença comum que se estima afetar mais de 150 mil brasileiros por ano.

Ainda assim, da lista dos 30 itens com maiores números de aquisições decorrentes de decisões judiciais, observa-se que apenas 02 destes tiveram a aquisição decorrente exclusivamente em decorrência de decisões judiciais.

Tais dados indicam uma franca indisposição de assimilação pelo poder executivo da ordem judicial como um vetor de adequação espontânea da política pública.

Observados tais dados, não se pode deixar de registrar o enaltecimento à estrutura do poder executivo como a única com expertise na elaboração de um planejamento subsidiado em análise e dados técnicos de altíssima precisão, com um corpo técnico altamente qualificado e uma capilarização única no território nacional que permite, de norte a sul, compreender as necessidades e tendências de uma população com altos índices de diferenças regionais espalhada num território de proporções continentais.

Ainda assim, os dados revelam que o poder judiciário tem se deparado com atenção sobre a matéria, não se refletindo a mera propositura como chancela para a cominação de prestações positivas ao Estado.

Ademais, observando o que muito se fala dos riscos da intervenção do poder judiciário na execução e planejamento da política pública, não observou-se, a nível de União, que a intervenção do poder judiciário não tem um impacto que indique a existência de um desequilíbrio decorrente do cumprimento de decisões judiciais que, ao contrário, revelam a necessidade recorrente de determinação de aquisições de insumos em saúde que foram adquiridos pela União espontaneamente, relevando, na verdade, um indicativo de subdimensionamento da necessidade de prestação de insumos já padronizados.

4.3 PARÂMETROS PARA A CONCESSÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

Caminhando, pois, para o fim do presente trabalho, utilizar-se-á o apanhado dos construtos teóricos, bases normativas e dados expostos no presente trabalho para responder à problemática da possibilidade de harmonização do exercício da intervenção protetiva e garantidora dos direitos fundamentais pelo poder judiciário com os demais poderes, bem como

se tentará elencar alguns parâmetros que tornariam essa intervenção como “sadia”, não comprometedor do planejamento e execução das políticas públicas pensadas para tal.

A tal respeito, considera-se oportuno indicar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio do relatório “Judicialização e Sociedade: Ações para acesso à saúde pública de qualidade”, enumerou que trabalhos acadêmicos acerca da produção acadêmica sobre o tema indicam um “cenário de polarização dos debates acadêmicos sobre o tema: os que defendem a judicialização da saúde como um mecanismo de ampliação da cidadania e da democracia e aqueles que a consideram um vetor de reprodução de desigualdades no acesso aos serviços de saúde”¹³².

Diferentemente, no entanto, todo o desenvolvimento do presente trabalho, muito embora elucide aspectos normativos e dogmáticos que certamente servem de base para a reflexão sobre o referido embate, não centrar-se-á no solucionamento do problema sobre tais enfoques por alguns motivos.

O primeiro, de índole acadêmica, pela obrigatoriedade de se acrescer ao debate acadêmico, de forma que a repetição do contraponto não parecer-se-ia adequada ao referido objetivo, tendo em vista a já extensa produção existente sobre a matéria.

O segundo, de índole prática, pela necessidade de se situar a justiciabilidade dos direitos sociais em um patamar de atividade e efetividade que, conforme defendido no presente trabalho, lhe confere legitimidade, especialmente considerando o contexto social em que se encontra inserido, ilustrado por Dirley Cunha Júnior:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um

¹³² A tal respeito, enumera o estudo do CNJ: “Bittencourt (2016) traz em seu estudo um compilado de conclusões sobre a judicialização da saúde a partir da produção acadêmica, disponível na internet e de livre acesso, referente aos anos de 2010 a 2014. Analisou, dessa forma, as conclusões de 35 produções, sendo que mais da metade delas (53%) versavam sobre o acesso aos medicamentos via decisão judicial (assistência farmacêutica). Aponta, nas suas conclusões, a existência de duas correntes de reflexão acerca do incremento das judicializações nas últimas décadas, configurando um cenário de polarização dos debates acadêmicos sobre o tema: os que defendem a judicialização da saúde como um mecanismo de ampliação da cidadania e da democracia e aqueles que a consideram um vetor de reprodução de desigualdades no acesso aos serviços de saúde. Costa, Silva & Ogata também abordam as polarizações nos debates sobre o tema, refletidas na maior parte dos estudos e pesquisas referenciadas em seu texto, os quais totalizaram 21 artigos de divulgação científica publicados entre anos de 2014 e 2019. Se, de um lado, as judicializações no campo da saúde podem corrigir distorções na distribuição de bens e serviços de saúde pública e induzir reformulações nas políticas, por outro, promove um impacto inesperado sobre as previsões orçamentárias do setor público, mobilizando uma crescente necessidade de alocação de recursos pelos entes federados. As autoras mencionam, como resultados predominantes dos estudos, um alto excedente de demandas judiciais voltadas à aquisição de medicamentos de alto custo não previstos nas listas oficiais de fármacos do SUS e suas implicações. Entretanto, uma parte considerável das demandas por medicamentos – entre 25% e 30% do total de fármacos demandados judicialmente – diz respeito àqueles já previstos nas listas oficiais do SUS” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 15)

sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*.¹³³

Ainda que tentando se escapar de argumentos excessivamente descredibilizadores da atuação dos poderes legislativo e executivo na formulação da política pública necessária à concretização do direito à saúde, especialmente diante da demonstrada preponderante execução planejada, que corresponde por mais de 90% dos recursos destinados à aquisição de insumos de saúde, é forçoso reconhecer-se que a referida política pública ainda é alvo de muitas críticas de efetividade.

Conforme explicitado e defendido no começo deste trabalho, os direitos fundamentais assumiram, em toda a sua história, aspectos e conteúdos que lhes eram exigidos pelo cidadão, em proteção aos bens da vida considerados fundamentais.

Entretanto, o exemplo alemão demonstra que não é a consagração de um catálogo de direitos fundamentais que lhes garante eficácia, o que os alemães, sob o *sonderweg*, notaram a partir do caminho desastroso de retrocesso social após a abolição de uma carta de direitos fundamentais que, sem um substrato institucional garantidor subjacente, consistiu em uma carta de promessas vazias.

Isso posto, entende-se a intervenção do poder judiciário como fenômeno inevitável, porquanto esteja o Brasil inserido em um contexto normativo de uma carta constitucional com forte conteúdo social, que erige um modelo promotor do bem-estar a partir da atuação do estatal e que, mesmo distante 35 anos desde a promulgação da Carta de direitos, ainda não se encontra num patamar ideal de promoção dos direitos previstos.

Ademais, a maturidade constitucional exigida três décadas e meio após a promulgação da Constituição e a adequação ao cumprimento dos preceitos nela inseridos por eleição do constituinte, nessa medida, é um reforço adicional pela necessidade de progressiva exigibilidade de promoção do seu conteúdo.

Isso porque, se é certo que não basta a previsão de um direito social para que ele se materialize imediatamente e se instrumentalize como num passe de mágica, também é certo que 35 anos depois é esperável que este já se encontre a passos largos de instrumentalização.

É dizer: o passar das décadas torna a “reserva do possível” cada vez menor, uma vez que esta não pode ser aceita como argumento genérico justificador de inércia.

Tal defesa fundamenta-se nos construtos para o qual dedicou-se a parte inicial deste trabalho, especialmente na medida em que não se admite neutralidade do Estado frente aos direitos fundamentais, porquanto a neutralidade significa parcialidade quanto à sua vulneração,

¹³³ Cunha Júnior, 2016, p. 287.

bem como que a assumida fundamentalidade *prima facie* dos direitos sociais dota estes de eficácia imediata, na medida que exige do Estado a progressividade de sua realização e constitui-se em vedação a retrocessos.

Portanto, tem-se a intervenção do poder judiciário como inevitável, especialmente pela justificação advinda da deficiência do patamar concretizador esperado do poder executivo, a qual deve pautar-se na possibilidade de intervenção para a garantia do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e da fundamentalidade dos direitos sociais constitucionalmente previstos quando este falhar em garanti-lo.

A tendência parece ter sido incorporada na prática brasileira a partir do já multicitado julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, que se voltava contra o veto presidencial ao §2º, do art. 55 do projeto de lei¹³⁴ que originou a Lei Federal n.º 10.707/2003, tratando sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União do ano de 2004, que tinha a seguinte redação:

§2º Para efeitos do inciso II do caput, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com os recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Das razões do veto, constava:

A exclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde financiadas com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza do montante de recursos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde cria dificuldades para o alcance do equilíbrio orçamentário, em face da escassez dos recursos disponíveis, o que contraria o interesse público, motivo pelo qual se propõe oposição de veto a esse dispositivo.

Isso posto, foi ajuizada a ADPF por atribuída violação ao disposto no artigo 77 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, na forma da redação dada pela Emenda Constitucional n.º 29/200, bem como as normas de garantia do direito constitucional à saúde disposto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal por suprimir a quantidade de recursos efetivamente aplicados em “ações e serviços públicos de saúde” sob fundamento de indisponibilidade orçamentária.

Curioso notar que, mesmo tendo a referida ação perdido o objeto, tendo em vista a aprovação da Lei Federal n.º 10.777/2003, que incluía no ordenamento o dispositivo então vetado, o ministro relator proferiu monocraticamente decisão que, ao passo que julgava prejudicada a ação, delineou em seu bojo longos e fundamentados argumentos acerca da possibilidade de intervenção do poder judiciário contra o que pareceu considerar decisão

¹³⁴ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2003/Mv357-03.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2023.

política contrária aos direitos fundamentais, rejeitando a formulação do argumento da “reserva do possível” quando contraposta ao processo de concretização e efetivação de direitos fundamentais, decidindo:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹³⁵

Isso posto, avocando ao Supremo Tribunal Federal o que chamou de “a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais”, lançou a pedra fundamental para a intervenção do poder judiciário em matéria de políticas públicas quando descumpridas as normas diretivas eleitas pela Constituição Federal, especialmente e excepcionalmente quando as decisões políticas relevassem “o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”¹³⁶.

Em verdade, inobstante a referida ação tenha sido julgada prejudicada por decisão monocrática não submetida ao plenário da Corte Constitucional, pode se afirmar, sem sombra de dúvidas, que tal decisão serviu como *leading case* para matéria, o sendo até os dias atuais.

Em uma leitura sóbria sobre esta, no entanto, rejeita-se uma interpretação superficial de autorização de intervenção do poder judiciário para entender, conforme pontua Rogerio G. Leal, que “não há como se sustentar em face da ordem constitucional vigente uma leitura absurdamente restritiva e de insulamento dos Poderes Estatais em relação à Sociedade Civil, sob pena de se negar o fundamento da República que é a soberania popular.”¹³⁷.

Assim, em verdade, a construção replica a construção inicial de fundamentalidade dos direitos sociais expostas na parte inicial deste trabalho, para declarar que, inobstante sejam plenamente válidas tanto a separação dos poderes, quanto a reserva do possível, estas não

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004. Revista trimestral de jurisprudência. v. 200. Brasília: Imprensa Nacional, 2007, p. 191-197.

¹³⁶ *Idem. Ibidem.*

¹³⁷ Leal, 2005, p. 60.

podem servir como um escudo justificativo para a inefetividade e um salvo conduto para a opção de não concretização.

E em que pese não ter tido o mérito julgado, observe-se da tabela 04 que é a partir de 2004, ano da prolação da referida decisão, que a União iniciou os registros de aquisição de insumos para a saúde por força judicial.

Para ser mais preciso, evidenciando a “coincidência”, a referida decisão foi proferida em 29 de abril de 2004 e a data da primeira aquisição de insumo para a saúde por força de decisão judicial, conforme os dados fornecidos por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76, foi dia 19 de agosto de 2004.

Assim, parece ser correto adotar-se o referido julgamento como um marco da intervenção judicial em matéria de políticas públicas e direitos sociais, de fora geral, e mais especificamente de direitos fundamentais.

Numa linha do tempo crescente, observou-se a existência de não raros posicionamentos que avocavam ao poder judiciário um grande papel concretizador, o que pode se observar nas palavras do então recém-chegado ao Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski:

Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. (...) A era dos direitos a que se referia Bobbio é a era do Poder Judiciário. E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade.¹³⁸

Portanto, ainda que a par do que restou defendido no presente trabalho, no entanto, não se contrapunha ao posicionamento tomado na ADPF n.º 45, que admite a atuação excepcional do poder judiciário com guarida na fundamentalidade dos direitos sociais em suas dimensões positivas e negativas intrínsecas, conforme defendido na parte inicial, para não admitir como válida a decisão política de não tornar concretas as prestações decorrentes de direitos fundamentais, não deve a premissa de excepcionalidade interventiva transmutar-se em aval interventivo.

O que se observa, em verdade, é que isso parece ter ocorrido, a partir de um crescente de número de processos que, conforme retratado pela tabela 04, foi acompanhado por um exponencial aumento de volume de gastos com o cumprimento de decisões judiciais até 2015,

¹³⁸ Lewandowski, 2009, p. 78.

o que desperta preocupação tendo em vista o multicitado caráter de excepcionalidade da qual deve se revestir tal intervenção.

Isso posto, o problema da conformação da atuação judicial centra-se, inicialmente, ao caráter de excepcionalidade interventiva que, conforme traçado, deve guardar deferência à atuação dos demais poderes e deve considerar como regra a prestação do direito social por meio de políticas públicas planejadas e executadas para tal.

A referida consideração perpassa, inicialmente, pela seriedade da consideração da conformação do mínimo existencial como núcleo essencial de direitos fundamentais que não se confunde com a totalidade do direito e, portanto, não pode ser utilizado como argumento retórico autorizativo de determinação não refletida de prestações materiais específicas, derivadas de um direito fundamental genérico, preocupação esta que analisou na prática do próprio Supremo Tribunal Federal, na forma da análise feita no tópico 3.4 deste trabalho.

Isso porque, a discussão sobre a intervenção do poder judiciário deve ter em mais alta consideração uma boa interpretação das construções da reserva do possível e do mínimo existencial do direito alemão, que trazem argumentos basilares para a discussão acerca da exigibilidade de prestações materiais referentes aos direitos fundamentais sociais e que merecem profunda reflexão, uma vez que somente autorizam a intervenção quando reputada a violação dos deveres de proteção ao núcleo essencial de tais direitos.

Conforme já citado, no entanto, é preciso atentar-se que a definição do mínimo existencial passa pela consideração rigorosa de que os direitos fundamentais sociais, sob a sua disciplina jurídica própria, deverão ter conciliados com a efetividade que se espera das disposições constitucionais aspectos como a preponderância da natureza economicamente relevante, a reserva garantida aos poderes legislativo e executivo na formulação das prestações materiais e normativas correspondentes, bem como a consideração das limitações impostas pela consideração da sociedade coletivamente entendida.

Ademais, deve se ter em consideração que a reflexão acerca do mínimo existencial e a reserva do possível nacionalmente situa um contexto normativo constitucional essencialmente diverso do contexto alemão, em que o caráter sintético das disposições e o temor com a inefetividade dos direitos fundamentais fomentavam a produção de conteúdos que garantissem a sua efetividade, tendo em vista que a Constituição Brasileira um rol extenso de disposições que deve ser considerado de forma una e coletiva, da qual indissociavelmente devem ser retirados, com rigor e fidelidade, os parâmetros que permitam a fixação do conteúdo do mínimo

existencial, especialmente considerando que coexistirão vários “mínimos existenciais extraíveis” a partir de interpretações dos mais variados conjuntos de normas constitucionais.

Assim, parece ser correto extrair-se como uma primeira conclusão a necessidade de exigência de que ponderação sobre o conteúdo do mínimo existencial seja minuciosa, com a reflexão da essencialidade deste e da indissociável ligação que deve guardar com o núcleo da dignidade da pessoa humana, dever este que pareceu ter sido observado de maneira muito superficial pelo Supremo Tribunal Federal em alguns momentos.

Cite-se que, não sem motivo, tempo depois chamado a gerenciar os efeitos da reverberação do entendimento fixado, a mesma corte constitucional reconheceu que a judicialização do direito à saúde deixou de ser uma questão restrita aos operadores do direito, passando a envolver os gestores públicos, profissionais da saúde e sociedade civil, destacando, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde, e além das possibilidades orçamentárias.¹³⁹

Assim, observa-se que dentro do próprio poder judiciário tornou-se perceptível a existência de um dilema entre o papel do poder judiciário como garantidor do direito social constitucional à saúde e a estruturação das políticas públicas a cargo do SUS, sopesando-se o conflito sob os enfoques da prerrogativa do poder executivo no planejamento e execução das políticas públicas, da cláusula da reserva do possível e da perspectiva da teoria dos custos dos direitos sociais, campo no qual se desenvolve o presente trabalho.

Isso porque, na esteira do que restou defendido no presente trabalho, a efetivação dos direitos fundamentais, sociais e mesmo do direito à saúde não podem ser vistos como cláusulas que autorizam uma implementação generalizada, por meio da garantia de prestações materiais específicas, por meio de decisões judiciais, uma vez que a implementação dos direitos fundamentais sociais, incluso o direito à saúde, deverão o ser por meio da eleição, planejada e organizada, dos meios concretos necessários para a sua fruição e das formas que tais prestações podem ser universalmente disponibilizadas, não podendo a assunção do poder judiciário de um

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070.

papel concretizador via de regra, mas somente em casos excepcionais fundamentadamente justificados.

Portanto, o primeiro ponto para colocar a intervenção judicial como um patamar de equilíbrio e harmonia com os demais poderes na matéria é a exigência do rigor na ponderação acerca da definição de seu conteúdo, tendo em vista que é impossível, porquanto contrário à cláusula constitucional da separação dos poderes, relegar-se a intervenção a um juízo arbitrário de conveniência de intervenção na eleição de meios e prioridades para a instrumentalização de direitos fundamentais, que certamente importaria desarmonia dos poderes e, pior, a falência do sistema criado e operacionalizado para tornar concreto o direito fundamental.

Para tal, invoca-se o ensinamento de Ana Paula de Barcellos sobre a regra da ponderação, quando esta enuncia que a decisão, que consiste na última fase resultante do processo, deve examinar conjuntamente os diferentes grupos de enunciados, a repercussão dos fatos, as diferentes normas, e a distribuição de pesos que tornem possível conciliar os elementos em confronto e qual deles deve ceder¹⁴⁰.

Ainda assim, tal cautela exigida não pode levar à conclusão de que possam ser os direitos fundamentais sociais restringidos a ponto de se tornarem “invólucros vazios de conteúdo”, como pontua Ana Paula de Barcellos¹⁴¹, ou mesmo promessas constitucionais inconsequentes, conforme construção do ministro Celso de Mello, diante de situações concretas de violação observáveis em casos concretos.

Portanto, o questionamento basilar sobre o qual debruçar-se-á a parte final deste trabalho consiste em discutir quais parâmetros deve seguir a decisão judicial para que esta se configure numa “legítima” intervenção do poder judiciário. Melhor formulando em forma de

¹⁴⁰ Em arremate, Ana Paula de Barcellos finaliza sua construção com a seguinte passagem: “E perfeitamente possível e desejável, por meio da reflexão abstrata e/ou do estudo e tabulação dos precedentes judiciais, que a doutrina se ocupe de construir os sentidos próprios de cada direito, propondo parâmetros ou standards específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, o que pode sofrer restrição, em que circunstâncias isso pode acontecer, dentre outros elementos necessários para a compreensão mais precisa dos direitos. Esse esforço hermenêutico contínuo não produzirá um núcleo duro nem permanente ou não-histórico, mas fornecerá um núcleo suficientemente consistente para funcionar como limite à atuação do intérprete e proteger em alguma medida os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas. (...) Em suma: após identificar os enunciados normativos em tensão e as diferentes normas que eles podem justificar (primeira fase) e selecionar os aspectos fáticos relevantes (segunda fase), o intérprete chega à etapa decisória da ponderação. Neste momento, o aplicador precisará de parâmetros propriamente jurídicos para orientar suas escolhas que, no entanto, não são fornecidos pela técnica da ponderação em si. De toda sorte, antes mesmo desses parâmetros, três diretrizes devem ser consideradas pelo intérprete: (i) qualquer decisão deve poder ser generalizada para casos equiparáveis (pretensão de universalidade), assim como a argumentação empreendida deve utilizar uma racionalidade comum a todos; (ii) sempre que possível o intérprete deve produzir a concordância prática dos enunciados em disputa; e (iii) a decisão a ser produzida deve respeitar o núcleo dos direitos, ainda que um núcleo apenas consistente, e não duro.” (Barcellos, 2005, p. 145 - 146).

¹⁴¹ Barcellos, 2005, p. 140.

questionamento: quando concretamente restará caracterizada a excepcionalidade que justifique a intervenção do poder judiciário?

Para tal, a fim de traçar um “padrão decisório” devidamente justificado, tomar-se-á como base os parâmetros já eleitos pelas cortes formadoras de precedentes em âmbito nacional, assim entendidas como o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional¹⁴², especialmente considerando-se que, conforme exposto no presente trabalho, a matéria é desenvolvida tanto a partir da Constituição Federal, quanto a partir das leis infraconstitucionais que estruturaram o Sistema Único de Saúde e criaram instrumentos de padronização das prestações materiais decorrentes do direito fundamental.

A íntima ligação de criação de padrões decisórios à atuação das cortes formadoras de precedentes e a necessidade de assim proceder é exposta por Luiz Guilherme Marinoni, que pontua:

O sistema que admite decisões contrastantes, ao negar igualdade, estima a litigiosidade, com todas as suas perversas consequências. A ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a liberdade. (...)

Uma Corte de Precedentes não é, como equivocadamente ainda se supõe, uma mera opção técnico jurídica para a implementação da garantia da unidade do direito. Na realidade, o Estado não pode se privar de uma Corte de Precedentes se não quer abrir mão da coerência do direito e da segurança jurídica e, portanto, se deseja ser um genuíno Estado de Direito.¹⁴³

Perceba-se, ademais, como a adoção de tais parâmetros é adequada à reflexão do direito que especificamente tem-se analisado uma vez que, conforme enunciado, são traços normativos distintivos do direito à saúde a universalidade e a igualdade, na forma prevista no artigo 196 da Constituição Federal, o que impõe um dever de coerência interpretativa acerca deste¹⁴⁴.

¹⁴² Conforme define Marinoni: “Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, constituem Cortes de Precedentes. O Supremo Tribunal Federal enquanto Corte que profere a última palavra acerca das questões constitucionais postas nos casos concretos, não pode elaborar precedente que possa deixar de ser observado pelos juízes e tribunais, sob pena de o sentido da Constituição não ter unidade. De igual modo, tendo em vista que a própria Constituição Federal atribui ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de definir a interpretação da lei federal, garantindo a unidade do direito infraconstitucional em todo o país, as decisões dessa Corte, quando configuram precedentes, também não podem deixar de ser seguidas por juízes e tribunais inferiores. (Marinoni, 2019, p. 98-99)

¹⁴³ *Ibidem*, p. 99-100.

¹⁴⁴ Acerca do tema, Lênio Streck formula em relação ao dever de coerência e integridade erigido pelo novo Código de Processo Civil: “Conceitualmente: haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer ‘jogo limpo’. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de

Isso posto, a eleição e fixação de parâmetros para as decisões judiciais para que estas atuem dentro um patamar de intervenção excepcional que ao mesmo tempo seja apta à garantir o mínimo existencial e não importe o desequilíbrio estrutural da política pública planejada para tornar concreto o direito fundamental passa, essencialmente, pela atuação de formação de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para tal, propõe-se a utilização da regra da proporcionalidade concebida por Robert Alexy como regra de interpretação e aplicação do direito para a avaliação de restrições de direitos fundamentais tendo em vista a colisão destes com outros direitos fundamentais para, com as suas devidas adequações, tentar formular padrões para as decisões judiciais interventivas, a fim de traçar juízos intermediários que dotem a referida intervenção de tal proporcionalidade que esta ao mesmo tempo consiga representar a preservação do mínimo existencial e não tome dimensão desproporcional apta a provocar um desequilíbrio entre os poderes.

Cite-se que a possibilidade de utilização do método não é inédita, especialmente conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por *actos* dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. (...) Também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos direitos a prestações. É, por exemplo, o que se passa quando se trata de saber se uma subvenção é apropriada e se os fins visados através de sua atribuição não poderiam ser alcançados através de subvenções mais reduzidas.

O princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de *actos* dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição.¹⁴⁵

De forma semelhante, aqui se entende por necessário a aplicação dos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito utilizando-se, para tal, dos critérios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça que, sob a sistemática dos recursos repetitivos, quando da apreciação do Recurso Especial n.º 1.657.156¹⁴⁶, em que fixou requisitos

leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade” (Streck, 2016)

¹⁴⁵ Canotilho, 1996, p. 266.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp N.º 1.657.156 – RJ (2017/0025629-7), Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção Julgamento em 25 de abril de 2018, DJe 07/05/2018. “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. (...) 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n.º 8.080/1990, não se

para a fixação ao poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.

O primeiro deles, referente à adequação volta-se à análise se o meio deve ser considerado adequado se for apto para alcançar o resultado pretendido, observando que este é “não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada”¹⁴⁷.

A referida demonstração, portanto, é ponto de partida para a consideração acerca da justificabilidade e, nessa medida, de plausibilidade da solução interventiva.

Entretanto, ainda que não expresso, entende-se que a referida necessidade deverá aliar-se necessariamente à demonstração técnica mínima de indicação técnica justificadora para o apelo. Sendo os atos constitutivos do direito ônus processual do autor, este deverá instruir o pedido com justificativa por profissional tecnicamente habilitado com indicação da necessidade específica do referido tratamento.

A indicação, entretanto, comporta evidentemente prova em contraditório, cuja necessidade e adequação deverá ser perquirida pelo poder judiciário.

Pra tal, o Conselho Nacional de Justiça empreendeu várias medidas com o fito de ampliar e aprofundar o debate sobre as referidas demandas, instituindo o Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde¹⁴⁸ e constituindo Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências para instruir processos judiciais com provas técnicas aptas a instruir os processos judiciais com parecer e notas técnicas de adequação do tratamento vindicado à condição apresentada¹⁴⁹.

Por fim o CNJ criou ainda o Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus) por meio da Resolução n.º 479 de 11/11/2022¹⁵⁰, composto por profissionais

analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.”. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 17 de setembro de 2023.

¹⁴⁷ Silva, 2002, p. 37

¹⁴⁸ Criado pela Resolução N.º 107 de 06/04/2010, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 15 de setembro de 2023.

¹⁴⁹ Instituídos pela Resolução N.º 238 de 06/09/2016, disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 15 de setembro de 2023.

¹⁵⁰ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4818>. Acesso em: 15 de setembro de 2023

capacitados e com conhecimento técnico na área da saúde e da política pública de saúde com o fim de indicar evidências disponíveis e aplicáveis ao caso e sobre o custo do tratamento.

A referida plataforma¹⁵¹, cuja pesquisa pode ser feita por Classificação Internacional de Doenças do agravo, diagnóstico, nome comercial da tecnologia, princípio ativo, descrição do procedimento, descrição do produto, registro na ANVISA, inserção nos protocolos do SUS, caráter oncológico, órgão responsável pelo estudo técnico, presença de evidências científicas, conclusão do parecer, dentre outros, conta com mais de 85 mil notas técnicas sobre medicamentos, 50 mil notas técnicas sobre procedimentos médicos e 15 mil produtos.

Além disso, em caso de dúvida ou ausência de estudo sobre o caso, o mesmo poderá ser demandado pelo magistrado, o qual ainda poderá se valer de prova técnica ou pericial no curso do processo.

Portanto, o poder judiciário encontra-se plenamente aparelhado ao exercício do teste de adequação da prestação vindicada, o qual é o primeiro requisito para um exame da admissibilidade da intervenção judicial.

O segundo teste pertine ao exame de necessidade, o qual restará evidenciado caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato com menor custo ao Estado, não estando esse custo necessariamente vinculado a uma expressão pecuniária.

Aqui, repousa a necessidade de apuração ou da inexistência de tratamento oferecido de forma padronizada para o referido agravo ou, na hipótese de existência, a ineficácia dos tratamentos oferecidos de forma padronizadas.

Isso porque, conforme demonstrado no presente trabalho, subsiste a necessidade primeva de deferência ao planejamento e execução da política pública para concretização do direito fundamental, bem como em atenção aos instrumentos padronizadores fixados pelo ordenamento (PCDT, RENAME e RENASES).

Em caso de existência de previsão de tratamento para o agravo em específico é menos custoso ao Estado, se não orçamentariamente, mas ainda assim administrativamente, fornecer o tratamento padronizado como via de regra.

O referido requisito deverá ser lido, à luz da fixação dos referidos instrumentos por força de atos normativos específicos, como a necessidade de se perquirir, na ação judicial visando a derivação de prestação positiva destinada a tratamento de agravo específico à saúde,

¹⁵¹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/>. Acesso em: 23 de outubro de 2023.

a inexistência ou a ineficácia do(s) tratamento(s) padronizado(s) pela política pública em execução.

A justificativa precípua da exigência encontra-se pautada, em primeiro lugar, no tratamento igualitário entre os cidadãos e na pretensão universalizável da pretensão e, em segundo lugar, pela necessidade de deferência ao planejamento, o que poderá ser excepcionado caso haja demonstração de inexistência ou ineficácia destes, uma vez já demonstrada a adequação.

A respeito deste ponto, duas considerações merecem nota.

A primeira é o levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório “Judicialização e Sociedade: Ações para acesso à saúde pública de qualidade”, por meio do qual estados e municípios foram questionados se as decisões judiciais consideram as políticas públicas existentes, os quais aproximadamente metade informou que raramente ou nunca são consideradas¹⁵².

O mesmo estudo demonstra ainda que mais de 70% dos magistrados afirmaram que as partes não trazem informações e provas suficientes para proporcionar uma decisão criteriosa e adequada às peculiaridades do caso concreto, o que revela a deficiência instrutória dos processos para um juízo criterioso, como se tem defendido¹⁵³.

Portanto, tem-se uma aparente dicotomização: de um lado entes estatais que “acusam” magistrados de não considerarem as prestações planejadas e, de outro, magistrados que reputam insuficiente o lastro probatório existente para um juízo meritório preciso.

A tal respeito, no entanto, pertinente que seja traçado uma crítica acerca das possibilidades de produção de prova fáticas e técnicas que possam subsidiar a tomada de decisão, observando-se, neste ponto, verdadeira coobrigação processual.

Isso porque, inicialmente, a ineficácia dos tratamentos fornecidos e padronizados somente pode ser verificado a partir de um exame do quadro de saúde do cidadão. Ocorre que, pelo próprio direito à preservação da intimidade e, em caso específico, a prerrogativas atinentes ao sigilo médico, somente o interessado possui elementos documentais aptos a elucidar o seu quadro de saúde a ponto de se poder precisar o seu quadro de saúde para, somente após, verificar se há inexistência ou ineficácia do tratamento padronizado.

Portanto, o exame de necessidade deverá passar necessariamente pela demonstração, pelo interessado, do quadro existente apto a possibilitar a análise.

¹⁵² Para informações precisas acerca da pesquisa, vide CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 99.

¹⁵³ *Idem. Ibidem*, p. 100.

Uma vez sendo atribuído ao cidadão o ônus de demonstrar o seu quadro de saúde, todavia, cumpre ao ente estatal tanto a produção de manifestação técnica fundamentada acerca da necessidade, indicando a existência de tratamento previsto e a eficácia das alternativas oferecidas espontaneamente.

Caso ultrapassado o teste de necessidade, passar-se-ia ao teste de proporcionalidade em sentido estrito, o qual consistiria em tese em um sopesamento entre a intensidade do ônus imposto e a importância da realização da prestação.

Neste momento, a análise deverá voltar-se à imprescindibilidade da prestação vindicada, o que se alinha ao que se tem defendido acerca da necessidade de reflexão acurada acerca da inserção do direito vindicado no mínimo existencial.

Para tal, considera-se pertinente a construção jurisprudencial traçada pelo ministro Celso de Mello, que de forma consentânea à necessidade de diferenciar-se o mínimo existencial do mínimo vital, para entendê-lo como mínimo sociocultural, o definia como prerrogativa “cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos”¹⁵⁴.

E aqui, destaca-se que, muito embora a já exposta fluidez da definição do mínimo existencial, “relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”¹⁵⁵.

A respeito deste teste, entretanto, duas ressalvas devem ser formuladas.

A primeira, diz respeito à utilização de critérios utilitaristas. Acerca do tema, Barcellos et. al. (2017, p. 471) traçam uma pertinente crítica à utilização destes em termos de formulação de políticas públicas voltadas para a saúde, exposto:

Outras teorias da justiça apresentam problemas similares. É esse o caso do utilitarismo clássico, que, ao defender a maximização de alguma medida agregada de saúde para o maior número de pessoas, não confere a atenção adequada aos problemas relacionados com a equidade, pois permitiria a priori que a saúde de camadas minoritárias da população pudesse ser sacrificada em benefício da saúde dos grupos majoritários. Os autores destacam, portanto, que nem a abordagem dos direitos humanos, na qual eles incluem a participação popular, nem as baseadas em princípios de justiça distributiva, são suficientes para resolver desacordos a respeito do modo de definição de prioridades.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 14/09/2011

¹⁵⁵ Sarlet; Zockun, 2016, p. 124.

A crítica, embora com enfoque distinto, parece servir para a elucidação do ponto. Aqui, descabe, em suposta análise da proporcionalidade em sentido estrito, se argumentar o “prejuízo / sacrifício da coletividade em benefício de um só”, uma vez que, conforme traçado inicialmente, em um sistema constitucional de direitos fundamentais, com edificados sobre uma Constituição que lhes garante normatividade e fundamentalidade, qualquer interpretação violadora ao núcleo essencial de tais direitos e à dignidade da pessoa humana é uma interpretação vedada.

Isso posto, não podem existir sopesamentos orçamentários à persecução do direito de qualquer indivíduo.

O segundo subcritério diz respeito à necessidade de demonstração da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito.

O requisito foi elencado pelo Superior Tribunal de Justiça, delimitado de forma que “não há exigência de prova de miserabilidade ou pobreza, mas de demonstração de incapacidade financeira do paciente para aquisição do medicamento, sem comprometimento de sua subsistência ou de sua família.”, mas sem uma discussão aprofundada dos fundamentos pelos quais se fixou tal requisito.

A tal respeito, entende-se que a construção deriva do dever de solidariedade, inculcado no nosso ordenamento jurídico no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. Para refletir sobre este, oportuna o resgate feito por Suzana Mendonça:

A percepção de direitos fundamentais meramente como instrumento de poder individual contra o Estado não é compatível com o verdadeiro significado da relação entre Poder Público e indivíduo, já que ao Estado não caberiam apenas deveres, nem mesmo aos cidadãos seriam viabilizados apenas direitos. Os deveres, dessa forma, impulsionam os membros de uma comunidade a agirem não apenas conforme aquelas obrigações para com o Estado, que em ampla perspectiva atingem a própria coletividade, mas, essencialmente, em serviço uns dos outros, em benefício da sociedade.¹⁵⁶

Muito embora a solução pareça ser condizente com o dever de solidariedade, pertinente delinear a dificuldade de utilização do referido requisito como um critério padronizador. Isso porque o conceito de “incapacidade financeira” é altamente fluido, de forma que este merecerá profunda reflexão o caso concreto a partir de sopesamentos como disponibilidade financeira efetiva do postulante e custo efetivo do tratamento durante o tempo que este seja necessário.

¹⁵⁶ Mendonça, 2018, p. 95.

A fórmula, ainda assim, encontrar-se-ia excessivamente aberta em desfavor da parte mais fraca da relação, que é o cidadão enfermo, de forma que não se parece proporcional, em sentido estrito, que se sacrifique pessoalmente o cidadão.

A matéria é de tal forma tortuosa que o Supremo Tribunal Federal afetou o tema atinente ao “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 566.471, com repercussão geral reconhecida ainda em 03 de dezembro de 2007, que teve julgamento iniciado em 15 de setembro de 2016 e finalizado em 11 de março de 2020, não fixou até hoje a tese em repercussão geral do tema, 25 anos após aportar a temática àquela Corte¹⁵⁷, sendo o tema de repercussão geral que há mais tempo encontra-se afetado pendente de definição no STF.

Portanto, num exame de proporcionalidade estrita, esta restaria presente na medida em que insere no mínimo existencial, rejeitando-se análises excessivamente utilitaristas e recebendo-se, com ressalvas, o critério da hipossuficiência financeira.

Isso posto, tem-se que se afigura possível a harmonização da função do poder executivo com a garantia pelo poder judiciário do núcleo fundamental dos direitos fundamentais, tomando em particular o direito da saúde como exemplo, por meio de uma minuciosa reflexão sobre a existência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da intervenção, tomando por base o modelo traçado por Alexy, assumindo nesta uma via dotada de excepcionalidade e mediante justificação técnica bastante para fundamentar a intervenção.

¹⁵⁷ Conforme consta de extrato de movimentação processual disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em: 05 de outubro de 2023.

5 CONCLUSÃO

A guisa de conclusão, o desenvolvimento do presente trabalho buscou aliar a reflexão sobre direitos fundamentais em plano prático resgatando à necessidade destes serem assimilados em vistas a conceitos e institutos que se depreendem de seu processo de surgimento e consolidação.

Conforme asseverado, os direitos fundamentais consubstanciam-se em normas de proteção a bens considerados fundamentais à vida em determinado contexto, consolidando-se a partir de um autêntico processo de conformação que encontra na realidade social e normativa parâmetros indissociáveis deste processo.

Ademais, é de se asseverar que a relevância da discussão sobre sua fundamentalidade ganha especial enfoque no debate acerca da sua efetividade e materialidade concretos, de forma que a sua essencialidade merece ser debatida exatamente quando tem contra si contrapostas resistências, restrições e limitações a seu conteúdo.

Ainda assim, importa reconhecer nos direitos fundamentais dimensões relevantes de irradiação de efeitos *prima facie*, ainda que em diferentes medidas e aspectos, dos quais exsurge normatividade própria da sua íntima relação ao Estado de Direito e a sua consagração por matriz constitucional.

Especialmente no que concerne aos direitos sociais, estes conformam-se como relevantes conquistas sociais em reação a ameaças concretas ao bem-estar apresentados, em especial, num contexto de relativa cegueira às necessidades básicas de promoção efetiva da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A seu tempo, as reflexões acerca do seu alcance e conteúdo revelaram que o pronunciamento de direitos não é o bastante para ver efetivamente assegurados, necessitando, pois, de suportes normativos, interpretativos e institucionais como mola propulsora de sua consolidação.

Neste sentido, em que pese a consagrada teoria da separação dos poderes e a divisão das atribuições típicas destes, a justiciabilidade dos direitos sociais surge e se desenvolve com o papel central de, em reforço à autoridade dos textos constitucionais, dar suporte às exigências promotoras e protetoras do bem-estar, uma vez que a imparcialidade diante de uma situação de violação é, em verdade, parcialidade em relação a tal violação.

Em tal cenário, observou-se que as cortes paulatinamente avocaram para si a competência de proteção e defesa dos direitos fundamentais, consagrando a si um papel ativo de proteção do mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos apto a resguardar a

dignidade da pessoa humana, o qual não pode ter contra si contraposta genericamente a cláusula da reserva do possível.

Ainda assim, o movimento de intervenção representa inevitavelmente um ponto de tensão entre os poderes, o qual deve ser minuciosamente sopesado por estes a fim de manter o equilíbrio.

No caso brasileiro, em especial, observa-se que, anos após as formulações pelo Tribunal Constitucional alemão, estas foram replicadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, em um semelhante movimento de avocação de competências pautada na necessidade de intervenção com o fito de garantir a preservação ao núcleo essencial de direitos.

Entretanto, em terreno substancialmente diverso, sob a regência de uma extensa Constituição e de um igualmente extenso rol de direitos fundamentais, expressos e não expressos, existente num contexto de desigualdades e carências que muitas vezes alertam sobre a necessidade de reflexão sobre a existência de dignidade e sobre o papel do Estado diante de tais situações, a situação relacional entre os poderes deve ser cuidadosamente sopesada.

Isso porque nunca se pretendeu, em nenhuma medida e, ao que parece, por nenhum dos construtos teóricos ou mesmo prático-jurisprudenciais se eliminar a relevância do exercício do devido exercício de eleição, planejamento e execução dos meios necessários a tornarem aptas a fruição de direitos fundamentais à totalidade dos cidadãos.

Inobstante, as carências e dificuldades promotoras específicas igualmente não nulificam a possibilidade de atuação judicial interventiva com o objetivo de colmatar lacunas e omissões específicas, com o intuito de preservar os bens da vida tutelados pela ordem constitucional vigente.

Conclui-se, pois, que o debate não deve se por não deve se limitar a discussão da possibilidade ou impossibilidade de intervenção do poder judiciário, mas sim da parametrização das decisões judiciais, a fim de que estas, pautadas em excepcionalidades devidamente justificadas e analisada sobre os prismas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tornem-se um mecanismo de proteção do mínimo existencial, sem que isso se configure um injusto atropelo a função precípua dos poderes executivo e legislativo na formulação de políticas públicas necessárias a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido é que o estudo verificou que, muito embora mereça ser exigido do poder judiciário maior rigor na verificação de tais requisitos do teste de proporcionalidade, não seria verdade afirmar que este encontra-se em absoluto desequilibrando o planejamento realizado pelo poder executivo, a nível de União, especialmente observando-se que a expressão de

utilização de recursos referentes às decisões judiciais compõe patamar que não é capaz de promover tal desequilíbrio.

Em verdade a análise demonstrou que o volume de recursos gastos para a aquisição de prestações casuísticas e singulares decorrentes de decisões judiciais foi praticamente irrisório, prestando-se em sua esmagadora maioria a determinar prestações positivas que também foram espontaneamente adquiridas e fornecidas, o que indica não uma atividade criativa pelo poder judiciário, mas sim um subdimensionamento por parte do poder executivo dos quantitativos necessários ao atendimento de todo o contingente.

Sob tais balizas, portanto, há de desmistificar o mito de grotesca ineficiência de uma política pública que somente seria alcançável pela via judicial, para se perceber que a política pública de saúde se encontra quase que totalmente sendo executada mediante o planejamento do poder executivo, o que reforça a sua absoluta expertise para tal mediante a formulação de instrumentos padronizadores.

Entretanto, mesmo assim, desatendimentos decorrentes de inexistência e padronização de tratamento a determinado agravo à saúde ou mesmo inexecução da política pública planejada poderão dar azo à colmatação de lacunas pelo poder judiciário, cujo juízo deverá se dar mediante uma decisão fundamentada em adequação, necessidade e proporcionalidade, mediante uma refletida excepcionalidade autorizadora da intervenção, sem que isso signifique a nulificação da precípua relevância da execução planejada das prestações a cargo do Estado, conformando-se como uma exceção fundamentada à separação dos poderes, numa assimilação dinâmica do exercício das funções pelos poderes constituídos, em ordem ao fortalecimento do sistema protetivo e promotor dos direitos fundamentais.

Assim, o modelo traçado por Robert Alexy do teste da proporcionalidade parece servir de modelo para a construção de um padrão decisório que apto a tornar justificável, a partir de justificção técnica construída a partir de ferramentas já existentes que permitam balizar a intervenção judicial como via dotada de excepcionalidade específica exigida para a manutenção do equilíbrio.

Ao fim, a criação de reforços institucionais aptos a tornar concretos direitos fundamentais consagrados deve ser forte o bastante para não os tornar promessas constitucionais vazias ou invólucros vazios de conteúdo de forma suficientemente sólida pra que não se abalar o cerne do estado constitucional, que é o equilíbrio no exercício dos poderes instituídos.

Este grande desafio, entretanto, repousa na permanente observância do grau de comprometimento dos poderes na promoção dos direitos fundamentais consagrados, em observância à faceta de mandados de promoção, proteção e otimização destes e ao seu próprio caráter fundamental e fundante da ordem instituída, ciente de que posturas de ineficiência podem e devem ser combatidas sem, no entanto, se perder de vista a necessidade perene de se preservar o núcleo fundamental do equilíbrio no exercício dos poderes constituídos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. Vol. 225, 2013.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado: RPC**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015, p. 211-229.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Constitutional and Political Theory - Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR.; Hermes. Entidades de Infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *as claims resolutions facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, ano 44, p. 445-483, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians - A History of the German Federal Constitutional Court - 1951–2001*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade** / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. Atlas, 2006.

FISS, Owen. **Direito como Razão Pública: Processo, Jurisdição e Sociedade**, trad. Carlos Alberto de Salles. Curitiba: Editora Juruá, 2017.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Processos estruturais e COVID-19: efetivação do direito à saúde em tempos de pandemia. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 31-58, jan./abr., 2021.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. New York: Cambridge University Press, 2003.

_____; MOUSTAFA, Tamir. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: GINSBURG, Tom; MOUSTAFA, Tamir (ed.). *Rule by Law: the politics of courts in authoritarian regimes*. Cambridge University Press, 2008.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 53, p. 40-54, out./dez. 2005

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism - Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015, p. 65.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. O Custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, 2019.

JÚNIOR, Mário Coraíni. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017.

KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos Direitos Fundamentais: Direitos Sociais e a inaplicabilidade da teoria externa. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 10, n. 5, p. 273-301, abr. 2015. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2945>>. Acesso em: 07 set. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2015.v10i5.2945>.

KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3.^a ed. Durham: Duke University Press, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Fabris: 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, p. 239-60, out./dez. 1999.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, n. 251, ago. 2009, p. 78)

LIMA, Flávia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. A justiciabilidade dos direitos socioeconômicos e culturais no Sul Global: Uma aproximação às teorias dialógicas de Landau, Tushnet e Dixon. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v.12, n.22, p.45-80, 2020.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009.

LUNA, Ana Claudia Vergamini. **Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas públicas, limites e possibilidades**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/D.2.2012.tde-05082013-162741.

Martins da Silva Costa, P., Borges Silva, J., & Castro Torres, J. (2022). JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO ESTRUTURAL. *Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania*, (9), 1142–1162.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. "Neither Dialogue Nor Last Word – Deliberative Separation of Powers 3", *Legisprudence*, Vol. 5, No. 1, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Suzana M.. Deveres fundamentais de solidariedade. *Revista de Derecho. Uculal*, Nº 18, (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, p. 91-116.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

_____. A reserva do possível ou do financeiramente possível. In: _____. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016. p. 117-133.

RAMOS, Elival da Silva. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 327 – 356, jan./dez. 2007.

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

_____. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC*. v. 1. n. 1. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>, acesso em 12/04/2023.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>

_____. Direito fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 203-232.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: *The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*. Texas Law Review, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

SCAFF, Fernando F. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, n. 32, 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos. Vol. 1: Reserva do possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito. **Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012

_____. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, ed. 23.04.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em 30 setembro de 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TURATTI, L., BUFFON, M., & KONRAD, A. C. (2018). O Mínimo Existencial e o Poder Judiciário: Parâmetros no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. **Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS**, 12(2). <https://doi.org/10.22456/2317-8558.71940>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional com pressuposto da efetividade constitucional. **A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, ano 6, jan./mar. p. 189-206, jan./mar. 2006.

_____. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 101-182.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

ANEXOS

TABELA 05 – Número de processos recebidos pela Advocacia Geral da União em demandas de saúde por assunto e por ano

Assunto	Quantitativo de processos por ano																	Subtotal por assunto					
	1987 - 2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018		2019	2020	2021	2022	2023
Fornecimento de medicamentos (26469, 23252, 26467 e 26435)	9	15	31	73	57	82	146	172	615	850	1102	1599	2620	3804	6141	8120	9671	12703	17892	12225	7047	2085	87059
Não padronizado (26476)		1		1				2	7	18	29	47	85	91	130	120	182	457	2417	10115	14345	3657	31704
Padronizado (26456)		1				3	1	2	5	12	21	28	43	59	67	111	125	240	650	4248	6168	1553	13337
Tratamento médico-hospitalar (26462)	6	3	1	3	5	7	12	8	21	32	30	45	91	127	189	241	330	658	776	1965	1937	526	7013
Fornecimento de medicamento para tratamento oncológico (23795)		1		4	1	1	2	8	8	8	26	48	67	87	368	404	425	489	468	246	273	72	3006
Internação/transfêrencia hospitalar (26436)									1	2		4	1		2	7	18	84	222	328	125	796	
Cadeira de rodas / cadeira de banho / cama hospitalar (26414)						1					1		1	1	1	4	1	2	20	97	186	54	368
Fornecimento de medicamentos não registrados pela anvisa (23816)													2	7	27	15	10	8	14	44	16	2	145
Serviços hospitalares (21066)	1						1	3	2	2	1	4	2	8	8	19	30	16	13	10	17	2	137
Tratamento domiciliar (Home Care) (28790)												1								4	60	72	137
Doação e transplante de órgãos, tecidos ou partes (26379)															1	1	4		17	17	19	9	68
Doação e transplante de órgãos; tecidos e partes do corpo humano (23234)														7	3	5	6	7	5	2			35
Incorporação de medicamentos não registrados pela anvisa (23533)																					1	1	2
Subtotal por ano	16	21	32	81	63	94	162	192	660	924	1210	1776	2912	4190	6937	9042	10791	14598	22356	29196	30397	8157	143807

Fonte: ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (Sistema Sapiens)

TABELA 06 - Comparativo entre quadro geral de aquisições pelo DLOG do Ministério da Saúde e aquisições decorrentes de decisões judiciais por meio da separação em grupos

Grupo id	Grupo	Valor Total Homologado [DLOG]	Valor Total Homologado [Judicial]	Comparativo	
				Vlr. Tot. Jud. Grupo / Vlr. tot. DLOG grupo	Vlr. tot. hom. jud. grupo / Vlr tot. jud.
65	Equipamentos e artigos para uso médico, dentário e veterinário	R\$ 100.628.747.335,65	R\$ 10.588.504.394,12	10,52%	99,99%
89	Substância	R\$ 1.118.862,00	R\$ 982.192,91	87,78%	0,01%
68	Substâncias e produtos químicos	R\$ 422.289.219,42	R\$ 174.014,40	0,04%	0,00%
85	Artigos de higiene	R\$ 150.761.757,34	R\$ 22.236,03	0,01%	0,00%
81	Recipientes e materiais para acondicionamento e embalagem	R\$ 986.339,98	R\$ 16.742,20	1,70%	0,00%
42	Equipamento para combate a incêndio, resgate e segurança	R\$ 480.740,63	R\$ 1.271,24	0,26%	0,00%
51	Ferramentas manuais	R\$ 12.197,31	R\$ 660,00	5,41%	0,00%
91	Combustíveis, lubrificantes, óleos e ceras	R\$ 41.800,54	R\$ 415,20	0,99%	0,00%
75	Utensílios de escritório e material de expediente	R\$ 1.553.627,08	R\$ 240,00	0,02%	0,00%
66	Instrumentos e equipamentos de laboratório	R\$ 1.844.926,59	R\$ 225,00	0,01%	0,00%
61	Condutores elétricos e equipamentos para geração e distribuição de energia	R\$ 222.447,28	R\$ 63,04	0,03%	0,00%
	Subtotal	R\$ 101.208.059.253,82	R\$ 10.589.702.454,14	10,46%	

Fonte: O autor (2023).¹⁵⁸

¹⁵⁸ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

TABELA 07 - Comparativo entre quadro geral de aquisições pelo DLOG do Ministério da Saúde com aquisições decorrentes de decisões judiciais por meio do agrupamento em subgrupos

Subgrupo ID	Subgrupo	Valor Total Homologado [Judicial]	Valor Total Homologado [DLOG]	Vlr. Tot. Jud. Subgrupo / Vlr. Tot. DLOG Subgrupo	Vlr. tot. hom. Jud. Grupo / Vlr tot. Jud.
6505	Drogas e medicamentos	R\$10.501.064,715,53	R\$96.250.525.060,12	10,91%	99,16%
6515	Instrumentos, equipamentos e suprimentos médicos e cirúrgicos	R\$85.686.677,23	R\$1.774.481.027,25	4,83%	0,81%
6550	Substâncias para diagnóstico "in vitro", reagentes, conjuntos e jogos para teste	R\$1.036.256,12	R\$2.108.936.222,56	0,05%	0,01%
8940	Alimentos especiais dietéticos e preparados alimentícios	R\$975.732,77	R\$1.011.016,61	96,51%	0,01%
6532	Vestuário hospitalar e cirúrgico e itens correlatos de finalidades especiais	R\$490.603,40	R\$24.315.477,62	2,02%	0,00%
6508	Cosméticos e artigos de tocador de natureza medicinal	R\$184.484,04	R\$83.208.465,12	0,22%	0,00%
6810	Produtos químicos	R\$173.078,40	R\$291.980.138,58	0,06%	0,00%
6510	Materiais cirúrgicos para curativos	R\$33.107,70	R\$7.131.946,64	0,46%	0,00%
8145	Recipientes especializados para transporte e armazenagem	R\$16.742,20	R\$21.778,28	76,88%	0,00%
8540	Artigos de papel para higiene	R\$12.878,00	R\$22.867,96	56,31%	0,00%
6530	Mobiliário, equipamentos, utensílios e suprimentos hospitalares	R\$8.550,10	R\$74.039.475,64	0,01%	0,00%
8520	Sabonetes, artigos para barbear e dentífricos	R\$6.517,63	R\$4.724.204,48	0,14%	0,00%
8910	Ovos e laticínios	R\$5.308,14	R\$42.600,74	12,46%	0,00%
8510	Perfumes, artigos para toalete e toucador	R\$2.840,40	R\$2.840,40	100,00%	0,00%
4240	Equipamento para segurança e salvamento	R\$1.271,24	R\$428.544,63	0,30%	0,00%
8925	Açúcar, confeitos, castanhas, nozes e similares	R\$1.152,00	R\$6.396,24	18,01%	0,00%
6850	Especialidades químicas diversas	R\$936,00	R\$9.714,00	9,64%	0,00%
5133	Brocas, alargadores, escariadores, manuais e para uso em máquinas	R\$660,00	R\$720,00	91,67%	0,00%
9110	Combustíveis sólidos	R\$415,20	R\$415,20	100,00%	0,00%
7510	Artigos para escritório	R\$240,00	R\$1.109.963,26	0,02%	0,00%
6650	Instrumentos óticos, equipamentos de teste, componentes e acessórios	R\$225,00	R\$18.047,00	1,25%	0,00%
6135	Baterias nao recarregáveis	R\$63,04	R\$25.601,53	0,25%	0,00%

Fonte: O autor (2023).¹⁵⁹

¹⁵⁹ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

TABELA 08 – Número de itens adquiridos exclusivamente em decorrência de decisões judiciais

Qtd. itens	Valor total correspondente	Comparativo	
		% em relação ao vlr. tot. hom. Jud.	% em relação ao vlr. tot. hom. DLOG
1417	R\$793.699.495,69	7,50%	0,79%

Fonte: O autor (2023).¹⁶⁰

¹⁶⁰ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

TABELA 09 - Composição dos itens adquiridos exclusivamente em decorrência de decisões judiciais

Subgrupo	Qtd. Itens.	Valor tot. correspond. (DLOG = JUD)	% em relação ao vlr tot. ref. itens exclusiv. jud
Equipamento para segurança e salvamento	1	R\$ 1.271,24	0,00%
Brocas, alargadores, escariadores, manuais e para uso em máquinas	1	R\$ 660,00	0,00%
Baterias não recarregáveis	1	R\$ 63,04	0,00%
Drogas e medicamentos	1262	R\$ 791.175.256,51	99,68%
Cosméticos e artigos de toucador de natureza medicinal	18	R\$ 124.274,10	0,02%
Materiais cirúrgicos para curativos	5	R\$ 3.478,00	0,00%
Instrumentos, equipamentos e suprimentos médicos e cirúrgicos	57	R\$ 1.066.720,15	0,13%
Mobiliário, equipamentos, utensílios e suprimentos hospitalares	2	R\$ 8.550,10	0,00%
Vestuário hospitalar e cirúrgico e itens correlatos de finalidades especiais	11	R\$ 131.018,37	0,02%
Substâncias para diagnóstico "in vitro", reagentes, conjuntos e jogos para teste	4	R\$ 3.283,80	0,00%
Instrumentos óticos, equipamentos de teste, componentes e acessórios	1	R\$ 335,00	0,00%
Produtos químicos	6	R\$ 173.078,40	0,02%
Especialidades químicas diversas	2	R\$ 936,00	0,00%
Artigos para escritório	1	R\$ 240,00	0,00%
Recipientes especializados para transporte e armazenagem	2	R\$ 16.742,20	0,00%
Perfumes, artigos para toalete e toucador	1	R\$ 2.840,40	0,00%
Sabonetes, artigos para barbear e dentifrícios	4	R\$ 6.517,63	0,00%
Artigos de papel para higiene	2	R\$ 12.878,00	0,00%
Ovos e laticínios	1	R\$ 2.314,38	0,00%
Açúcar, confeitos, castanhas, nozes e similares	1	R\$ 1.152,00	0,00%
Alimentos especiais dietéticos e preparados alimentícios	35	R\$ 967.806,17	0,12%
Combustíveis sólidos	1	R\$ 415,20	0,00%

Fonte: O autor (2023).¹⁶¹

¹⁶¹ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

TABELA 10 – Comparativo de itens adquiridos apenas parcialmente por força de decisão judicial

Qtd. Itens	Valor corresp. judicial	Valor corresp. DLOG	Comparativo		
			% Vlr corresp. jud. / vlr. corresp. DLOG	% do vlr. corresp. jud em relação ao vlr. tot. hom. jud.	% em relação ao vlr. tot. hom. DLOG
486	R\$ 9.796.002.958,45	R\$60.684.403.031,13	16,14%	92,50%	9,74%

Fonte: O autor (2023). Adaptado de MINISTÉRIO DA SAÚDE.¹⁶²

TABELA 11 - Composição dos itens apenas parcialmente adquiridos por força de decisão judicial

Subgrupo	Qtd. Itens.	Valor corresp. jud.	Valor corresp. DLOG.	Comparativo	
				% Vlr corresp. Jud / vlr. corresp. DLOG	% vlr. corresp. Jud / Vlr corresp. jud. itens parc. adq
Drogas e medicamentos	456	R\$ 9.709.889.459,02	R\$ 60.288.437.038,53	16,11%	99,12%
Cosméticos e artigos de toucador de natureza medicinal	1	R\$60.209,94	R\$85.951,02	70,05%	0,00%
Materiais cirúrgicos para curativos	9	R\$ 29.629,70	R\$ 2.497.332,30	1,19%	0,00%
Instrumentos, equipamentos e suprimentos médicos e cirúrgicos	4	R\$ 84.619.957,08	R\$ 385.210.795,53	21,97%	0,86%
Vestuário hospitalar e cirúrgico e itens correlatos de finalidades especiais	9	R\$ 359.585,03	R\$ 6.387.565,24	5,63%	0,00%
Substâncias para diagnóstico "in vitro", reagentes, conjuntos e jogos para teste	4	R\$ 1.033.197,32	R\$ 1.733.539,55	59,60%	0,01%
Ovos e laticínios	1	R\$2.993,76	R\$16.434,36	18,22%	0,00%
Alimentos especiais dietéticos e preparados alimentícios	2	R\$7.926,60	R\$34.374,60	23,06%	0,00%

Fonte: O autor (2023).¹⁶³

¹⁶² Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

¹⁶³ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

TABELA 12 - Demonstrativo de itens com aquisição judicial em recorrência¹⁶⁴

Subgrupo	Qtd. Itens	Vlr. corresp. Jud.	Vlr. corresp. DLOG
Cosméticos e artigos de toucador de natureza medicinal	1	R\$60.209,94	R\$85.951,02
Drogas e medicamentos	363	R\$8.517.275.526,42	R\$33.138.969.788,67
Instrumentos, equipamentos e suprimentos médicos e cirúrgicos	3	R\$ 288.857,41	R\$ 305.177,41
Materiais cirúrgicos para curativos	2	R\$ 23.351,28	R\$ 1.272.283,73
Recipientes especializados para transporte e armazenagem	1	R\$16.666,60	R\$16.666,60
Substâncias para diagnóstico "in vitro", reagentes, conjuntos e jogos para teste	1	R\$1.015.319,54	R\$1.241.336,99
Vestuário hospitalar e cirúrgico e itens correlatos de finalidades especiais	2	R\$ 298.215,43	R\$ 611.586,61
Subtotal	373	R\$8.518.978.146,62	R\$33.142.502.791,03

Fonte: O autor (2023).¹⁶⁵

¹⁶⁴ (qtd. compras jud. / n.º de anos com aquisições judiciais >= 1)

¹⁶⁵ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76

TABELA 13 - Relação dos itens com maior número de aquisições decorrentes de ações judiciais

Grupo id	Sub grupo ID	Descrição completa do item	Qtd compras [judicial]	Unidades compradas [DLOG]	Unidades compradas [judicial]	Valor Total Homologado [DLOG]	Valor Total Homologado [judicial]	Unidades Judiciais/DLOG	Valor judicial/Dlog
65	6550	Reagente Para Diagnóstico Clínico 5, Tipo De Análise: Quantitativo De Glicose, Características Adicionais: Capilar, Apresentação: Tira	926	1.534.870	1.047.470	R\$1.241.336,99	R\$1.015.319,54	68,24%	81,79%
65	6505	Insulina, Origem: Glargina, Dosagem:100ui/MI, Aplicação: Injetável	909	37.389	18.289	R\$3.599.898,01	R\$1.656.614,81	48,92%	46,02%
65	6505	Insulina, Origem: Lispro, Dosagem:100u/MI, Aplicação: Injetável	538	13.733	10.343	R\$402.098,94	R\$325.771,04	75,31%	81,02%
65	6505	Insulina, Origem: Aspart, Dosagem:100u/MI, Aplicação: Injetável	477	12.731	9.111	R\$342.199,87	R\$254.747,87	71,57%	74,44%
65	6505	Rituximabe, Dosagem:10mg/MI, Indicação: Solução Injetável	318	564.239	3.840	R\$594.080.714,74	R\$8.406.916,68	0,68%	1,42%
65	6505	Omeprazol, Concentração:20 Mg	300	13.901.395	98.485	R\$996.970,04	R\$101.246,54	0,71%	10,16%
65	6505	Galsulfase, Concentração:1 Mg/MI, Forma Farmacêutica: Concentrado Para Perfusão Injetável	300	435.496	234.224	R\$1.879.154.470,39	R\$999.292.996,29	53,78%	53,18%
65	6505	Eculizumabe, Concentração:10 Mg/MI, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	298	258.892	212.658	R\$4.052.968.258,49	R\$3.367.856.669,59	82,14%	83,10%
65	6505	Ácido Acetilsalicílico, Dosagem:100 Mg	285	14.145.393	93.793	R\$486.237,12	R\$14.847,88	0,66%	3,05%
65	6505	Clopidogrel, Dosagem:75 Mg	280	99.526	72.330	R\$220.300,49	R\$209.120,53	72,67%	94,93%
65	6505	Icatibanto Acetato, Concentração:10 Mg/MI, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	278	2.740	2.734	R\$13.779.203,41	R\$13.747.107,97	99,78%	99,77%
65	6505	Sinvastatina, Dosagem:20 Mg	274	2.639.716	86.316	R\$225.694,74	R\$63.058,74	3,27%	27,94%
65	6505	Bevacizumabe, Concentração:25 Mg/MI, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	259	7.159	6.409	R\$15.199.470,43	R\$13.286.395,77	89,52%	87,41%

65	6505	Ácido Ursodesoxicólico, Concentração:300 Mg	255	281.213	238.343	R\$1.028.483,32	R\$890.765,47	84,76%	86,61%
65	6505	Clonazepam, Dosagem:2 Mg	247	103.532	102.812	R\$28.154,72	R\$28.097,22	99,30%	99,80%
65	6505	Tiotrópio Brometo, Composição: Sal Brometo, Concentração:2,5 Mcg/Dose, Forma Farmacêutica: Solução P/ Inalação, Característica Adicional: Com Inalador	238	4.382	4.346	R\$768.166,90	R\$760.473,58	99,18%	99,00%
65	6505	Losartana Potássica, Dosagem:50 Mg	226	8.053.645	84.525	R\$367.250,62	R\$45.299,12	1,05%	12,33%
65	6505	Alfagalsidase, Concentração:1 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução P/ Infusão	217	216.363	127.810	R\$811.189.087,16	R\$500.317.063,79	59,07%	61,68%
65	6505	Rosuvastatina, Composição: Cálcica, Concentração:10 Mg	212	71.942	51.942	R\$147.601,80	R\$115.601,80	72,20%	78,32%
65	6515	Lanceta, Material Lâmina: Aço Inoxidável, Ponta Afiaada, Trifacetada, Uso: Descartável, Características Adicionais: Estéril, Embalagem Individual, Tipo: Ultrafina	203	202.564	202.564	R\$73.183,01	R\$73.183,01	100,00%	100,00%
65	6505	Teriparatida, Concentração:250 Mcg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável, Características Adicionais: Com Sistema De Aplicação	196	2.027	2.008	R\$3.479.588,21	R\$3.439.077,38	99,06%	98,84%
65	6505	Abiraterona Acetato, Concentração:250 Mg	190	765.936	309.960	R\$22.272.034,55	R\$17.534.055,35	40,47%	78,73%
65	6505	Temozolomida, Concentração:100 Mg	190	21.744	20.089	R\$7.444.584,45	R\$6.863.679,35	92,39%	92,20%
65	6505	Citalopram, Dosagem:20 Mg	188	67.802	67.802	R\$96.566,35	R\$96.566,35	100,00%	100,00%
65	6515	Lanceta, Material Lâmina: Aço Inoxidável, Ponta Afiaada, Trifacetada, Uso: Descartável, Características Adicionais: Estéril, Embalagem Individual	186	699.564	155.564	R\$80.783,40	R\$64.463,40	22,24%	79,80%
65	6505	Sunitinibe, Composição: Malato, Concentração:50 Mg	181	45.621	39.257	R\$18.721.992,88	R\$16.363.432,28	86,05%	87,40%
65	6505	Idursulfase, Concentração:2 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução P/ Infusão Venosa	178	226.240	109.000	R\$1.275.635.815,25	R\$634.209.773,55	48,18%	49,72%
65	6505	Furosemida, Dosagem:40 Mg	173	2.301.872	55.872	R\$80.264,39	R\$11.817,35	2,43%	14,72%

65	6505	Memantina, Composição: Sal Cloridrato, Concentração:10 Mg	172	29.874.421	74.161	R\$4.366.852,24	R\$206.776,54	0,25%	4,74%
65	6505	Adalimumabe, Concentração:40 Mg, Apresentação: Solução Injetável	170	10.978.386	2.424	R\$6.298.311.628,83	R\$4.893.440,56	0,02%	0,08%

Fonte: O autor (2023).¹⁶⁶

TABELA 14 – Relação de itens com maior valor total homologado referente a aquisições judiciais

Grupo id	Subgrupo ID	Descrição completa do item	Qtd compras [Judicial]	Unidades Comprada [DLOG]	Unidades Comprada [Judicial]	Valor Total Homologado [DLOG]	Valor Total Homologado [Judicial]	Unidades Judiciais/DLOG	Valor judicial/Dlog
65	6505	Ecuzimabe, Concentração: 10 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	298	258.892	212.658	R\$4.052.968.258,49	R\$3.367.856.669,59	82,14%	83,10%
65	6505	Galsulfase, Concentração: 1 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Concentrado Para Perfusão Injetável	300	435.496	234.224	R\$1.879.154.470,39	R\$999.292.996,29	53,78%	53,18%
65	6505	Vacina, Composição: Meningocócica C, Tipo: Conjugada, Forma Farmacêutica: Injetável	1	27.500.000	20.000.000	R\$1.296.350.000,00	R\$942.800.000,00	72,73%	72,73%
65	6505	Atalureno, Concentração: 250 Mg, Forma Farmacêutica: Granulado Para Suspensão Oral	71	808.830	695.430	R\$793.913.363,69	R\$678.009.491,69	85,98%	85,40%
65	6505	Idursulfase, Concentração: 2 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução P/ Infusão Venosa	178	226.240	109.000	R\$1.275.635.815,25	R\$634.209.773,55	48,18%	49,72%
65	6505	Alfagalsidase, Concentração: 1 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução P/ Infusão	217	216.363	127.810	R\$811.189.087,16	R\$500.317.063,79	59,07%	61,68%
65	6505	Elosulfase Alfa, Concentração: 1 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	113	300.508	138.880	R\$860.278.854,11	R\$426.519.069,47	46,22%	49,58%
65	6505	Metreleptina, Concentração: 11,3 Mg, Forma Farmacêutica: Pó Liófilo P/ Injetável	20	17.280	16.485	R\$249.292.422,94	R\$241.044.233,74	95,40%	96,69%
65	6505	Beta-Agalisidase, Concentração: 35 Mg, Forma Farmacêutica: Pó Liófilo P/ Injetável	93	55.543	28.110	R\$483.784.486,53	R\$239.605.970,59	50,61%	49,53%
65	6505	Atalureno, Concentração: 1000 Mg, Forma Farmacêutica: Granulado Para Suspensão Oral	31	68.580	57.420	R\$272.091.960,63	R\$226.465.639,83	83,73%	83,23%
65	6505	Nusinersena, Concentração: 2,4 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	86	6.060	885	R\$1.033.775.546,67	R\$200.835.520,60	14,60%	19,43%
65	6505	Alfa-Alglicosidase, Concentração: 50 Mg, Forma Farmacêutica: Pó Liófilo P/ Injetável	80	251.823	123.635	R\$338.786.897,64	R\$167.396.988,50	49,10%	49,41%
65	6505	Etexacaftor, Composição: Associado Ao Tezacaftor e Ivacaftor, Concentração: 100 Mg + 50 Mg + 75 Mg	5	157.584	157.584	R\$138.431.569,41	R\$138.431.569,41	100,00%	100,00%
65	6505	Lomitapida, Concentração: 10 Mg	48	37.688	37.688	R\$105.166.398,92	R\$105.166.398,92	100,00%	100,00%

65	6505	Onasemnogene A beparyovec-Xioi, Concentração:2.0 X 10 ¹³ Vg/ML, Forma Farmacêutica: Suspensão Injetável	4	35	18	R\$197.666.582,75	R\$101.657.099,70	51,43%	51,43%
65	6505	Larionidase, Concentração:0,58 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	109	214.220	73.540	R\$258.005.970,29	R\$87.602.464,58	34,33%	33,95%
65	6515	Monitor Multiparâmetro, Tipo: Pré Configurado/Modular, Parâmetros: Ecg, Pni, Pi, Spo2, Temp, Resp, Dc, Tipo De Tela: Tela Led 12", Alta Resolução, Características Adicionais: Congelamento Tela E Memória, Componentes: Alarmes/Bateria, Opcionais: Capnografia, Opcionais 02:Arritmias E Segmentos St, Acessórios: Completo Com Cabos E Sensores	1	3.580	3.500	R\$86.201.320,00	R\$84.547.470,00	97,77%	98,08%
65	6505	Atalurenio, Concentração:125 Mg, Forma Farmacêutica: Granulado Para Suspensão Oral	37	197.520	169.800	R\$97.970.692,32	R\$83.805.217,92	85,97%	85,54%
65	6505	Sebelipase, Composição: Alfa, Concentração:2 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	34	3.603	3.555	R\$82.524.698,18	R\$81.491.205,86	98,67%	98,75%
65	6505	Eteplirsen, Concentração:50 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	22	3.298	3.298	R\$78.193.223,77	R\$78.193.223,77	100,00%	100,00%
65	6505	Esterase, Composição:Inibidor De Esterase C1 Humana, Concentração:500 Ui, Forma Farmacêutica :Pó Liófilo Para Injetável	153	18.821	18.309	R\$70.946.402,91	R\$69.967.241,15	97,28%	98,62%
65	6505	Mercaptamina, Composição: Sal Bitartrato, Concentração:75 Mg	74	419.228	419.228	R\$48.969.166,64	R\$48.969.166,64	100,00%	100,00%
65	6505	Ritonavir, Concentração:100 Mg	1	552.678.210	42.030.000	R\$540.924.406,94	R\$45.026.739,00	7,60%	8,32%
65	6505	Clozapina, Dosagem:100 Mg	32	318.038.436	38.268.480	R\$385.458.699,85	R\$42.935.518,72	12,03%	11,14%
65	6505	Brentuximabe Vedotina, Concentração:50 Mg, Forma Farmacêutica: Pó Liófilo P/ Injetável	105	3.129	3.016	R\$41.646.445,28	R\$40.102.648,32	96,39%	96,29%
65	6505	Trastuzumabe, Concentração:440 Mg, Forma Farmacêutica: Pó Liófilo Injetável	154	26.054	5.102	R\$113.185.747,40	R\$35.009.138,95	19,58%	30,93%
65	6505	Lomitapida, Concentração:5 Mg	58	12.068	12.068	R\$33.405.928,54	R\$33.405.928,54	100,00%	100,00%
65	6505	Ivacaftor, Composição: Associado ao Lumacaftor, Concentração:125 Mg + 200 Mg	14	100.128	100.128	R\$33.125.417,68	R\$33.125.417,68	100,00%	100,00%

65	6505	Inotersena, Composição: Nonadecassódica, Concentração:200 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável, Características Adicionais: Seringa Preenchida	2	2.148	876	R\$84.203.946,56	R\$32.259.778,64	40,78%	38,31%
65	6505	Givosirana, Concentração:189 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	4	192	192	R\$31.470.244,36	R\$31.470.244,36	100,00%	100,00%
65	6505	Idursulfase, Composição: Beta, Concentração:2 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução P/ Infusão Venosa	24	4.977	4.977	R\$24.512.022,23	R\$24.512.022,23	100,00%	100,00%
65	6505	Mipomersen, Composição: Sódico, Concentração:200 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	34	1.213	1.213	R\$24.141.086,58	R\$24.141.086,58	100,00%	100,00%
65	6505	Vosoritida, Concentração:0,56 Mg, Forma Farmacêutica: Pó Liófilo P/ Injetável + Diluente	2	5.760	5.760	R\$21.950.484,48	R\$21.950.484,48	100,00%	100,00%
65	6505	Nintedanibe, Composição: Sal Esilato, Concentração:150 Mg	126	96.240	93.480	R\$21.100.466,33	R\$20.503.147,13	97,13%	97,17%
65	6505	Pembrolizumabe, Concentração:25 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	63	1.612	1.530	R\$20.983.903,69	R\$19.988.861,95	94,91%	95,26%
65	6505	Ivacaftor, Concentração:150 Mg	12	44.688	19.936	R\$40.599.811,88	R\$18.915.822,28	44,61%	46,59%
65	6505	Volanesorona, Composição: Sódica, Concentração:200 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Injetável, Adicional: Seringa Preenchida	1	154	154	R\$18.744.345,62	R\$18.744.345,62	100,00%	100,00%
65	6505	Risdiplam, Concentração:0,75 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Pó Para Solução Oral	6	2.788	487	R\$67.542.217,54	R\$18.036.993,79	17,47%	26,70%
65	6505	Abiraterona Acetato, Concentração:250 Mg	190	765.936	309.960	R\$22.272.034,55	R\$17.534.055,35	40,47%	78,73%
65	6505	Nivolumabe, Concentração:10 Mg/ML, Forma Farmacêutica: Solução Injetável	117	3.295	3.056	R\$18.522.195,68	R\$17.205.924,94	92,75%	92,89%

Fonte: O autor (2023).¹⁶⁷

¹⁶⁷ Elaborada a partir dos dados fornecidos pelo Departamento de Logística em Saúde – DLOG do Ministério da Saúde por meio do Pedido de Acesso à Informação n.º 25072.037252/2023-76