

# A JUDICIALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO INDIVIDUAL DOS DIREITOS SOCIAIS, ENTRE A INTERMEDIÇÃO LEGISLATIVA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NO ÂMBITO DA SEGURIDADE SOCIAL<sup>1\*</sup>

*Oswaldo Almeida Neto<sup>\*\*</sup>*

**Resumo:** No Brasil, é cada vez mais freqüente o exercício do direito de ação tendo como pedidos prestações relacionadas a direitos sociais, com base em critérios não previstos na constituição ou na legislação infra-constitucional, desconsiderando a intermediação legislativa, as políticas públicas e os custos dos direitos. O fundamento destas ações quase sempre resvala na garantia do mínimo existencial e no princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento das demais normas jurídicas, ainda que de idêntica hierarquia constitucional. Mas, quais os pontos de intersecção destes institutos? A título exemplificativo ter-se-á em foco a Seguridade Social, especialmente a Assistência e Saúde públicas, no âmbito da Constituição Federal de 1988.

**Palavras chaves:** Direitos Sociais. Intermediação legislativa. Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** In Brazil, it is becoming more frequent exercise of the right of taking action as requested benefits related to social rights, based on criteria not provided in the constitution or in the infra-constitutional legislation,

1 \* Revista da Procuradoria do Instituto Federal Baiano. Ano 2, n.º 2, 2011. Salvador, 2011. ISSN 2177-8914.

2 \*\* Procurador Federal, Chefe da Procuradoria do Instituto Federal Baiano. Mestrando em Direito – UFBA. Ex-Prof. Subst. da Faculdade de Direito – UFBA. Professor do Centro Universitário Jorge Amado.

disregarding the legislative options, public policies and the costs of rights. The basis of these actions almost always slips in ensuring the minimum existential and the principle of human dignity, to the detriment of other legal norms, even in identical constitutional hierarchy. But what are the points of intersection of these institutes? As an example it will have to focus on Social Security, especially Public's Services of Health and Social Assistance, within the Brazilian Constitution of 1988.

**Key words:** Social Rights. Legislative options. Existential minimum. Human dignity.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais, de natureza coletiva, para fruição, dependem da implementação de serviços prestados pelo Estado.

A Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional delinham os parâmetros de fruição, estabelecendo os requisitos e condições para o exercício individual destes direitos.

Não raro estes parâmetros são objeto de questionamento judicial, priorizando-se, nas lides individuais, o princípio da dignidade humana em detrimento de outras normas jurídicas.

Estaria tal diretriz acima de qualquer crítica, segundo a ordem de valores constitucional, a técnica da ponderação de interesses e a teoria dos princípios?

É neste contexto que o presente trabalho abordará os direitos fundamentais de segunda geração, como direitos a prestações decorrentes de normas atribuídas, mediante prévia intermediação legislativa, assomando-se considerações acerca dos custos dos direitos, reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

Para fins exemplificativos ter-se-á em foco a Seguridade Social, que na Constituição Federal de 1988 compreende ações nas áreas da Saúde, Assistência e Previdência Social.

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO COMO DIREITOS A PRESTAÇÕES DECORRENTES DE NORMAS ATRIBUÍDAS

A constituição estabelece os elementos estruturais de organização do Estado e da sociedade.

Dentre as tarefas do Estado Social Democrático de Direito está a garantia da liberdade e da vida digna, tendo como baliza os direitos fundamentais.

Konrad Hesse assinala que esta é uma tarefa pública, mas não apenas do Estado: é necessária a concorrência de forças econômicas e poderes sociais.<sup>3</sup>

É inquestionável a importância dos direitos fundamentais na sedimentação do constitucionalismo moderno.

Não obstante, seriam os direitos fundamentais o núcleo de todo o ordenamento jurídico, de sorte que qualquer discussão jurídica resvale, ainda que reflexivamente, em uma questão em torno dos direitos fundamentais?

Konrad Hesse responde a questão aduzindo que os direitos fundamentais não projetam os conteúdos de todo o ordenamento jurídico:

Quanto mais amplo for o âmbito de vigência e aplicação dos direitos fundamentais [...] tanto maior será o perigo de sobrecarga da constituição, de uma desvalorização e, em conseqüência disso, de cursos erráticos, especialmente de uma perda da liberdade e responsabilidade do próprio legislador democrático e de um menoscabo de funções da jurisdição ordinária.<sup>4</sup>

Dessa forma, mesmo estando sob análise a aplicação de uma norma de direito fundamental, devem ser levadas em consideração, no labor hermenêutico, as demais normas jurídicas no ordenamento jurídico.

A remissão é pertinente em razão da prática corriqueira de, em busca da concretização e efetividade dos direitos, aplicar-se o direito ao caso concreto com base nos enunciados constitucionais dos direitos fundamentais, em detrimento de outras normas jurídicas, sob o argumento da tutela à dignidade da pessoa humana.

---

3 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 17.

4 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 39, nota 28.

Martin-Retortilho e Otto y Pardo destacam que não existem direitos ilimitados, tese em si mesma absurda, pois um direito ilimitado é um não direito.<sup>5</sup>

Não se pode esquecer que o dimensionamento dos direitos fundamentais, em especial os de segunda geração tem feição específica em cada momento histórico. O exercício dos direitos fundamentais coletivos é, assim, limitável e restringível.

Konrad Hesse reporta que tanto a constituição, quanto a lei podem intervir restringindo direitos fundamentais, com a ressalva de que só se admitem restrições revestidas do interesse comum, justificadas de forma objetiva, observando-se o princípio da proporcionalidade em sentido amplo e dirigidas à obtenção do objetivo público perseguido.<sup>6</sup>

Nesta linha de intelecção é razoável falar em restrições a estes direitos ou, com melhor exatidão, restringíveis são os bens protegidos pelos direitos fundamentais.<sup>7</sup> Evidentemente, uma norma só pode restringir um direito fundamental se for compatível com a constituição.

O fato é que a abertura estrutural dos enunciados das normas de direitos fundamentais leva à impossibilidade de se determinar, de *per si*, como a norma será concretizada, quais os direitos subjetivos decorrentes.

É justamente o confronto entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais sociais, entre o dever do Estado e o direito individual do cidadão de exigir determinada prestação, um dos principais temas da problemática do constitucionalismo moderno.<sup>8</sup>

Nas palavras de Alexy, “*Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos dos direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais.*”<sup>9</sup>, especialmente nos direitos sociais.

Qual o conteúdo do direito ao trabalho? À educação? Qual o valor do salário mínimo apto a atender as necessidades arroladas no texto constitucional?

5 MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p. 151

6 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 64-65.

7 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 280-281.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 477.

9 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433.

A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre normas que devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional. Devem ser consideradas normas de direitos fundamentais todas as asserções sobre normas que forem levantadas nessa discussão:<sup>10</sup>

Tome-se como exemplo o dever do Estado de promover a pesquisa científica. Dar-se-á mediante investimentos de recursos humanos? Financeiros? Organizacionais? Ou trata-se de direito de defesa contra a intervenção estatal? Estas ou quaisquer outras alternativas que venham a ser escolhidas podem ser denominadas normas de direitos fundamentais atribuídas, a partir dos enunciados constitucionais.

Contudo, nem todas as asserções passíveis de serem atribuídas às normas de direitos fundamentais poderão ser consideradas seriamente. É preciso firmar um critério que defina, dentre as inúmeras possibilidades, que normas jurídicas podem ser atribuídas aos enunciados dos direitos fundamentais sociais.

O autor citado reputa o critério empírico (opções da jurisprudência e Ciência do Direito, o que já foi decidido ou afirmado) inadequado, defendendo o critério normativo, em conformidade com a técnica da ponderação, assinalando que “*as normas atribuídas fazem com que fique claro o papel decisivo da argumentação referida a direitos fundamentais na resposta à questão acerca daquilo que é válido no âmbito dos direitos fundamentais.*”<sup>11</sup>, o que tem ainda maior relevância ante a constatação de várias normas constitucionais são enunciadas como princípios.

De toda sorte, ante a limitação de recursos, as pretensões individuais decorrentes dos direitos sociais são atendidas pelo Estado de forma restrita.

Como conseqüência, a alocação de recursos no âmbito dos direitos fundamentais sociais remete aos incontornáveis custos de implementação das políticas públicas e a necessária intermediação legislativa.

---

10 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 73.

11 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 74-75.

## OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS E A NECESSÁRIA INTERMEDIÇÃO LEGISLATIVA.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, incessante é o labor dos intérpretes em busca da efetivação das normas constitucionais. A tentativa de limitação dos juros em doze por cento ao ano<sup>12</sup> é um singular exemplo da insinceridade normativa e do caráter simbólico<sup>13</sup> de algumas disposições constitucionais.

Seja como norma programática, de eficácia plena ou contida, a norma constitucional, pela posição que ocupa no ordenamento jurídico, requer um maior esforço hermenêutico para aplicação concretizadora da ordem de valores que pontua.

Não há dúvidas de que é preciso avançar na superação do simbolismo das normas constitucionais, mas com rigor técnico, e não com decisões ou opiniões casuísticas melhor palatáveis à opinião pública.

Este esforço hermenêutico, ainda que operado no sistema jurídico, necessita considerar a correlação com os demais sistemas – político, econômico etc, porque a hipótese de incidência da norma jurídica incide sobre fatos da vida, do mundo real.

Não por acaso, Canotilho adverte para a o paradoxo da auto suficiência das normas constitucionais “[...] *sobretudo o superdiscurso social em torno dos direitos fundamentais*”.<sup>14</sup>

Discorrendo acerca do significado dos direitos fundamentais, Konrad Hesse pontua que sua universalidade deve cotejar as diferenças materiais, ou seja, a validade universal não supõe uniformidade de tratamento, razão pela qual a concretização depende de fatores extrajurídicos<sup>15</sup>: “[...] *só é compreensível o âmbito de proteção de um direito fundamental observando os dados da realidade social.*”<sup>16</sup>

12 O texto original da CF/88 dispunha acerca da limitação da taxa de juros em 12% ao ano, no § 3º, art. 193. Ato normativo federal, no caso o parecer n.º 70, de 06.10.1988, da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, consignou tratar-se de norma não aplicável, dependente de lei regulamentadora. Ajuizada ADIN contra o citado parecer, teve seu pedido julgado improcedente. Antes do surgimento da lei regulamentadora, a Emenda a Constituição n.º 40/03 revogou o citado § 3º do art. 193.

13 NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martin Fontes, 2007, passim.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008, p. 245.

15 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 25-26.

16 HESSE, Konrad. Op.cit., p. 34.

A alocação de recursos integra o objeto de estudos da Economia. Se os bens são - em sentido amplo, objeto das relações jurídicas, é evidente que Direito e Economia relacionam-se<sup>17</sup>, ainda que juristas e economistas ignorem, ou melhor, permitam-se desconsiderar tal correlação. Os agentes econômicos são sujeitos de direito e atuam em um ambiente normativo:

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre as pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes privados.<sup>18</sup>

A análise econômica do direito, fulcrada na escassez de recursos e impossibilidade fática de atendimento simultâneo a todas as demandas da sociedade, em especial nos Estados Sociais Democráticos de Direito, é uma realidade. São muitas e crescentes as incumbências do Estado Prestacional, esbarrando nos limites de arrecadação de recursos.

A realização dos direitos prestacionais está, primordialmente, sob o encargo do Poder Público, mediante a definição e execução de políticas sociais. No mundo atual, cada vez mais complexo, e com recursos cada vez mais limitados, cresce a importância do Estado para distribuir os recursos existenciais e ampliar as esferas de liberdade.<sup>19</sup>

Dentre as funções estatais é dos poderes legiferantes a competência para regulação dos direitos a prestações materiais:

De acordo com a divisão de funções contempladas na Lei fundamental, a regulação de direitos ou pretensões materiais a prestações e as questões a ela conexas unicamente pode ser tarefa do legislador, não do poder judicial. As pretensões individuais a prestações devem ser suficientemente precisas e pressupõem tipicamente concreção mediante lei, não substituível por sentenças judiciais singulares.<sup>20</sup>

17 Neste sentido, Canotilho: “Se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008, p. 11. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)>. Acesso em: 24/02/10.

18 ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: Análise econômica do Direito. In *Direito e Economia*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.3

19 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 41.

20 HESSE, Konrad. Op.cit., p. 44.

Riccardo Guastini distingue enunciado (expressão lingüística), disposição (enunciado a ser interpretado) e norma (sentido atribuído a uma disposição). Leciona que “toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de um tal modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado.”<sup>21</sup>

O conteúdo da norma é colmatado pelo legislador e pelos aplicadores do direito. Será resultado, portanto, conjuntamente, da construção dogmática e da atividade de interpretação.<sup>22</sup>

A regulamentação do exercício de um direito fundamental social situa-se no espaço aberto pelo caráter abstrato da definição do direito e consiste na determinação das possibilidades de concreção da conduta.

O legislador delimita a proteção das condutas que, em princípio, caberiam na definição abstrata do enunciado constitucional. Não se trata, entretanto, de uma procuração em branco, pois o Legislativo está submetido à Constituição, lembrando que sendo o bem-comum a finalidade do Estado, é seu dever criar condições sociais e econômicas que façam dos direitos fundamentais realidades efetivas.<sup>23</sup>

Não obstante, há de se convir no marcante caráter político desta regulamentação, sob incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo, correspondendo os direitos sociais a fins políticos de realização gradual<sup>24</sup>.

Interessante precedente é o de decisão do Tribunal Constitucional Alemão acerca do pedido de aumento do número de matrículas para candidatos classificados fora da oferta de vagas disponibilizadas, que restou indeferido. O direito à educação foi conformado como direito a participação isonômica no processo de seleção:

[...] só normas apropriadas de organização e procedimento podem evitar que uns recebam tudo e outros nada, e garantir a distribuição equitativa das oportunidades de liberdade ainda disponíveis. Como declarou o Tribunal Constitucional no contencioso da distribuição de vagas escolares o que importa é garantir que quaisquer dos detentores do direito tenham pelo

21 GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 25-27;34.

22 MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p. 159

23 MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. Op.cit., p. 161-162; 165.

24 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02, **Revista Jurisprudência Constitucional**, Coimbra n.º 1, Janeiro/Março, 2004, p. 23.

menos uma oportunidade de poder fazer uso de seu direito fundamental e prevenir, desse modo, o perigo de depreciação do conteúdo material do direito fundamental.<sup>25</sup>

A lei como norma geral é fundamento da ordem democrática, razão pela qual, em princípio, os direitos fundamentais sociais não assumem o caráter de direitos subjetivos individuais sem intermediação legislativa,<sup>26</sup> sendo duas as decisões alocativas básicas: quanto disponibilizar e a quem atender.

A atuação mediadora do Executivo e Legislativo é o veículo ordinário de concretização e eficácia dos direitos sociais. É a própria Constituição Federal que atribui a estes Poderes a competência para definição e gestão das políticas públicas, com base no princípio democrático e na separação de poderes.

Contrapondo-se o indivíduo, em juízo, ao serviço público prestado no âmbito dos direitos sociais, são inevitáveis decisões acerca de prioridades e emprego dos recursos financeiros disponíveis, confrontando-se discricionariedade política *versus* observância dos direitos fundamentais.<sup>27</sup>

A tutela judicial de direitos sociais como direitos subjetivos individuais precisa considerar os deveres, as responsabilidades do indivíduo para com o Estado e a sociedade, além das restrições de atendimento decorrentes da limitação de recursos. A mensuração dos custos é, conseqüentemente, inafastável.<sup>28</sup>

Flávio Galdino reporta que, no sentido de direito subjetivo, “[...] *não se admite mais a afirmação de um direito fundamental sem a necessária inclusão e séria consideração acerca de seus custos.*”<sup>29</sup>

Konrad Hesse aduz que *“Tais direitos de participação se colocariam, em qualquer caso, sob a reserva do possível, entendendo por cumprimento possível aquele que o indivíduo pudesse razoavelmente exigir da sociedade.”*<sup>30</sup>

Seja pelo seu gigantismo, seja pela atribuição como emissor de moeda, há no imaginário popular o ícone do Estado titular de recursos financeiros ilimitados.

25 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 55.

26 HESSE, Konrad. Op.cit., p. 45-46.

27 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33.

28 GALDINO, Flávio. **Introdução a teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 213; 230-231.

29 GALDINO, Flávio. Op.cit., p. 339.

30 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 44.

É possível afirmar que em ações pontuais, barreiras financeiras sucumbem à ação estatal, por decisão política, de curto a longo prazo. Contudo, é inequívoco, igualmente, que o Estado não pode atender de uma só vez todas as demandas sob seu encargo.<sup>31</sup>

Urge lembrar, sobre o tema, repositório da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Celso de Mello, Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45/DF, ajuizada contra veto do Presidente da República ao § 2º do art. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias n.º 10.707/03, sob a alegação de que o veto presidencial teria diminuído os recursos destinados à saúde, violando a Emenda Constitucional nº 29.

Celso de Mello reitera o caráter sempre oneroso da efetivação e implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, “[...] *cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.*”<sup>32</sup>

O Ministro prossegue destacando o teor político da decisão acerca da alocação de recursos. Ressalta a gradualidade de seu processo de concretização, dependendo das finanças e orçamento do Estado. Neste contexto, a comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal pode impedir a efetivação do direito social nos termos da pretensão posta em juízo<sup>33</sup>.

A tais condicionamentos costuma-se denominar cláusula da reserva do possível, assim resumida:

[...] o processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

31 ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. Revista da AGU. Brasília, v. 4, n.º 8 dez/2005, p. 20. Disponível em < [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=85444&cordenacao=53&cid\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=85444&cordenacao=53&cid_site=1115)>. Acesso em 03/03/10.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 45/DF**. PSDB e Presidente da República. Relator Min. CELSO DE MELLO. **Decisão monocrática, DJ 04/05/04.**

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 45/DF**. PSDB e Presidente da República. Relator Min. CELSO DE MELLO. **Decisão monocrática, DJ 04/05/04.**

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.<sup>34</sup>

Mesmo os partidários da corrente que sustenta a eficácia dos direitos fundamentais prestacionais idêntica a dos direitos individuais clássicos, reconhecem a existência da reserva do possível e a necessária avaliação dos custos dos direitos, no processo de ponderação de interesses subjacente ao caso concreto em que se busca a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Cite-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.<sup>35</sup>

É de se acrescentar que a cláusula da reserva financeira é apreciada de forma distinta, a depender das partes e objeto das ações.

Daniel Wang realizou pesquisa na jurisprudência do STF por três argumentos: direito à saúde, direito à educação e intervenção federal por não pagamento de precatórios, na sua co-relação com os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos<sup>36</sup>.

No âmbito do direito à educação, embora nas decisões se coteje a questão dos custos dos direitos sociais, predominam as decisões de concreção nas ações levadas ao tribunal em sede do controle difuso de constitucionalidade, havendo maior dissenso nos processos objetivos relacionados ao controle concentrado.<sup>37</sup>

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 45/DF**. PSDB e Presidente da República. **Relator Min. CELSO DE MELLO. Decisão monocrática, DJ 04/05/04.**

35 SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e amp., Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 350/351.

36 WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p.3. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>>, acesso em 01/04/10.

37 WANG, Daniel Wei Liang. Op.cit., p.18-20.

Nas ações com pedido de intervenção federal por conta do não pagamento de precatórios, a reserva do possível é base doutrinária para o indeferimento, considerando as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado.<sup>38</sup>

No plano direito a saúde, a conclusão das lides individuais é uniforme:

Todas as decisões analisadas concedem o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante<sup>39</sup>. Não há sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se, desde já, antecipar que em nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico. Outro ponto interessante é que as ações são todas individuais, em nenhuma das decisões analisadas houve uma tutela coletiva do direito à saúde.<sup>39</sup>

Conclui o autor que o Supremo Tribunal Federal entende o direito à saúde como um direito fundamental a ser efetivado pelo Estado de forma plena e universal, cabendo ao Judiciário intervir “[...] quando o poder público for omissivo de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável” ou por comportamento “desviante”.” Ressalta que como ainda não há decisões denegatórias da tutela individual ao direito à saúde, “*não se sabe ainda o que o STF entende por estes 4 adjetivos.*”<sup>40</sup>

Em sentido distinto da leitura da corte constitucional pátria, há o entendimento de somente excepcionalmente admitir-se a intervenção judicial, em substituição à atividade executiva e/ou legislativa, porque as funções legiferante e executiva delimitadoras das políticas públicas decorrem da representação política outorgada por mandato eleitoral, sob responsabilidades específicas.

José Carlos Vieira de Andrade relaciona três circunstâncias legitimadoras da censura judicial: ofensa a direitos adquiridos; violação ao princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio ou discriminação injusta; e comprovação da “*destruição pelo legislador do nível mínimo de realização dos direitos exigida pela dignidade da pessoa humana.*”<sup>41</sup>

Ao contrário do sustentado pela majoritária doutrina e jurisprudência, a pedra de toque para deslinde desta questão e dos dilemas dela decorrentes não é a dignidade da pessoa humana, mas o mínimo existencial.

38 WANG, Daniel Wei Liang. Op.cit., p.20-24.

39 WANG, Daniel Wei Liang. Op.cit., p.8.

40 WANG, Daniel Wei Liang. Op.cit., p.9-10.

41 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02, *Revista Jurisprudência Constitucional*, Coimbra n.º 1, Janeiro/Março, 2004, p. 23.

## MÍNIMO EXISTENCIAL E/OU DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

Embora o mínimo existencial relacione-se diretamente com a dignidade da pessoa humana, são conceitos distintos.

A dignidade da pessoa humana como um valor universal na cultura ocidental tem sua origem filosófica na doutrina cristã, que atribui dignidade pessoal a todos os indivíduos.<sup>42</sup>

Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra mundial, em um cenário de degradações e perversidades inimagináveis praticados contra seres humanos, o *topos* passou a integrar o texto das constituições, como um brado humanista, para que tais horrores não tivessem mais lugar na História.

Nada mais enfático, portanto, que o art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha pós-guerra trouxesse e mantenha, até os dias atuais, enunciado normativo tutelando a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, o ser humano contra qualquer forma de tratamento degradante.

A referência é importante porque há, e os intérpretes nem sempre se apercebem disto, um abismo histórico entre a leitura contemporânea da dignidade da pessoa humana e a acima exposta, que motivou sua inclusão na Lei Fundamental da Alemanha e demais cartas constitucionais<sup>43</sup>.

Atualmente, o cerne da dignidade da pessoa humana ultrapassa em muito sua concepção originária, englobando a tutela da igualdade, integridade psíquico-física, liberdade e solidariedade<sup>44</sup>. A dignidade envolve a tutela de direitos individuais, coletivos e difusos, já alcançando a quarta e quinta dimensão dos direitos.

Na delimitação do âmbito da dignidade da pessoa humana, o direito a vida é o bem jurídico que precede a todos os demais objetos de interesse. Todos os seres humanos são igualmente titulares do direito à vida com dignidade.

Milhões ao redor do mundo vivem abaixo da linha de pobreza e têm, portanto, uma vida indigna, ao menos sob o ponto de vista material. Em

---

42 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12-13.

43 NEURER, Jörg. O código civil da Alemanha(BGB) e a Lei Fundamental. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 251-252;268-269.

44 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

muitos países, inclusive o Brasil, há políticas de inclusão social. Ainda assim, os excluídos, os beneficiários destas políticas, os trabalhadores de baixa renda, vivem condignamente?

Em verdade há um embaralhamento das dimensões negativa (não matar e não deixar matar) e positiva (prestações existenciais mínimas) do direito à vida,<sup>45</sup> e em consequência, da dignidade da pessoa humana.

Equivocam-se doutrina e jurisprudência quando fundamentam decisões em razões ético-políticas do caráter superior do direito a vida, à dignidade da pessoa humana. Se absolutos tais direitos, subempregados, desempregados, mendigos não estariam, todos os dias, nos sinais de trânsito, nas feiras livres e também às portas dos Tribunais, o que não é uma realidade brasileira, mas de praticamente todos os países do mundo. Não se pode confundir, dessa maneira, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial.

Sob a denominação de mínimo existencial costuma-se enumerar as condições essenciais para o livre desenvolvimento da personalidade humana de forma digna. Ricardo Lobo Torres assinala que “*Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade*”.<sup>46</sup>

A configuração do mínimo existencial, de direitos subjetivos à prestações estatais, demanda a análise do padrão mínimo, e não ideal: direito à formação escolar básica, atendimento básico na área de saúde. São paulatinas as conquistas. O direito ao mínimo existencial não se confunde, assim, com os direitos sociais,<sup>47</sup> sendo identificado, por parte da doutrina, como parcela equivalente ao núcleo essencial destes direitos<sup>48</sup>. Maior ainda o equívoco de se reduzir a dignidade da pessoa humana ao mínimo existencial.

A invocação da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana no confronto entre normas constitucionais é diuturna. A inviolabilidade da dignidade da pessoa humana desperta a impressão de se tratar de uma norma absoluta. Alexy preceitua:

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais . In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008, p.57-58.

46 TORRES, Ricardo Lobo Torres. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

47 SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 172.

48 TORRES, Ricardo Lobo Torres. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 42.

A razão para esta impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte desta disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes. Um âmbito definido por tais condições, isto é, protegido pelas regras a que correspondem essas condições, é aquele que o Tribunal Constitucional Federal classifica como “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta.”<sup>49</sup>

Tal a relevância da regra da dignidade, que não se questiona se ela prevalece ou não sobre outras regras, mas se foi ou não violada. Mas, se é uma norma aberta, ampla é margem de resposta a esta questão.

Mesmo a apreciação do que venha a ser configurado como tratamento degradante requer o emprego da técnica do sopesamento, de sorte que “[...] a dignidade humana não é violada “se a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração ou de apreciação da pessoa humana.”.<sup>50</sup> Canotilho leciona que o modelo de discussão acerca da concretização das normas de direitos, liberdades e garantias, combina regras e princípios, “mas com prevalência do plano das regras sobre o plano dos princípios.”.<sup>51</sup>

Em sentido análogo, sob a perspectiva da teoria geral dos princípios, Humberto Ávila sustenta que é mais grave descumprir uma regra do que um princípio. Regras têm pretensão de decidibilidade (soluções provisórias para um conflito de interesses já conhecido) que os princípios não têm (estes oferecem razões complementares para a solução de conflitos futuros). Por isto, no conflito entre regra e princípio de mesma hierarquia, a priori, deve prevalecer a regra, e somente como exceção ocorrer o oposto.<sup>52</sup>

49 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111-112.

50 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 112.

51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008, p.159.

52 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9ª ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90-91.

Humberto Ávila<sup>53</sup> enumera requisitos materiais e procedimentais a serem observados de forma a permitir a superação da aplicação de uma norma regra.

O primeiro requisito de ordem material é a verificação de que a aceitação do caso individual não prejudica a implementação da segurança jurídica, valor inerente a qualquer regra jurídica, o que ocorre quando o enquadramento do fato em concreto à hipótese fática é de incidência remota, ou seja, há baixa probabilidade de repetição.

O segundo requisito material é de que a superação da regra realize, em uma análise mais abrangente, a finalidade específica da regra.

Interessante precedente apresentado pelo autor citado bem ilustra a aplicação prática do presente raciocínio<sup>54</sup>. Os regimes simplificados de tributação são instituídos para fomentar e regularizar a atuação das pequenas e micro empresas. Uma das condições de permanência no sistema consistia na proibição de importação de produtos estrangeiros. Uma empresa de pequeno porte, fabricante de sofás, foi excluída do regime simplificado por ter importado, uma única vez, quatro pés de sofás. Em juízo foi obtida a tutela desconstitutiva da exclusão, sob o fundamento da falta de razoabilidade da sanção em confronto com os fins da norma.<sup>55</sup> Ávila observa:

A tentativa de fazer justiça para um caso mediante a superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o entendimento contrário, no sentido de não superar a regra, provocaria mais prejuízo valorativo que benefício (more harm than good).<sup>56</sup>

Por seu turno, os requisitos procedimentais relacionam-se à maior eficácia de resistência decisiva das regras, superior aos princípios. As regras têm uma eficácia decisiva que os princípios não têm, “[...] *não cabendo ao aplicador substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua.*”<sup>57</sup>

Por isso mesmo deve ser apresentada justificativa condizente de que há incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente, e que o afastamento da regra não causará insegurança jurídica. Em síntese:

53 ÁVILA, Humberto. Op.cit., p. 114-120.

54 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9ª ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

55 ÁVILA, Humberto. Op.cit., p. 46-47.

56 ÁVILA, Humberto. Op.cit., p. 114.

57 ÁVILA, Humberto. Op.cit., p. 119-120.

a não aplicação da regra pressupõe que a justiça individual não afete substancialmente a justiça geral.

Alexy admite que interesses preponderantes da coletividade, de índole constitucional, prevaleçam sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Um exemplo claro é a prisão perpétua, prevista em vários ordenamentos, ante a periculosidade do preso e a segurança da comunidade estatal.<sup>58</sup>

Para Alexy a regra e não o princípio da dignidade é absoluto, mas em face de sua abertura semântica, terá seu conteúdo definido pela ponderação entre a dignidade e os demais princípios constitucionais, ressaltando-se que estes podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos: combate ao desemprego, segurança pública, proteção da ordem democrática etc.<sup>59</sup>

Para clarificar o debate das idéias até aqui apresentadas, passemos à discussão acerca da judicialização dos direitos sociais com enfoque na seguridade social.

### SEGURIDADE SOCIAL E JUDICIALIZAÇÃO CORRELATA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Tomando-se por base o Título II da CF/88 – Dos direitos e garantias fundamentais, que direitos integram o mínimo existencial? Em que medida? Quais os beneficiários?

Sem prejuízo da importância de todos os direitos fundamentais, é factível traçar um paralelo entre Seguridade Social, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial.

Pela repercussão que alguns riscos como doença, velhice, desamparo dos dependentes no caso de morte do(s) pai(s), dentre outros, acarretam à capacidade de subsistência e vida com dignidade, os Estados passaram a criar uma rede de serviços para proteção de seus cidadãos – a Seguridade Social, tutelando a vulnerabilidade humana.<sup>60</sup>

58 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 112, nota 64; 113.

59 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 113-115.

60 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

No Brasil integram a Seguridade Social as prestações de saúde, assistência e previdência sociais.

Não obstante alguns benefícios da Previdência Social, como a pensão, aposentadoria por invalidez e auxílio-reclusão bem caracterizem e se enquadrem no âmbito do direito ao mínimo existencial, o traço distintivo da contributividade a diferencia da Saúde Pública e da Assistência Social.

Dentre os princípios da Seguridade Social, expressos na Constituição Federal de 1988, como objetivos no parágrafo único do artigo 194, relacionam-se diretamente com o presente trabalho a universalidade da cobertura e atendimento e a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Segundo o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, as ações da Seguridade Social destinam-se a potencial proteção de todas as pessoas. Contudo, isso não quer dizer que todas as pessoas sejam, concretamente, beneficiárias de todas as ações.

A saúde pública é ofertada à fruição de todos<sup>61</sup>. A Assistência Social, por sua vez, volta-se ao amparo de grupos necessitados, como deficientes e idosos de famílias humildes.

Já a Previdência, embora esteja aberta a todos os cidadãos, exige, como regra o exercício de atividade laboral e o recolhimento de contribuições mensais como requisitos para que a pessoa qualifique-se como segurado, habilitando a si e seus dependentes ao recebimento dos benefícios previdenciários.

Logo, a universalidade da cobertura e atendimento deve ser analisada sob estes parâmetros. Potencialmente, todos são beneficiários da Seguridade Social, com maior ou menor abrangência a depender da natureza da ação desenvolvida e do preenchimento de requisitos específicos, normativamente fixados.

A seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços é um princípio a ser interpretado conjuntamente com o acima exposto.

Mesmo nos países ricos, não é possível responder a todas as pretensões dos cidadãos, competindo ao Estado o estabelecimento de prioridades visando à prestação do serviço público ao maior número possível de pessoas.

---

61 Não serão abordados os notórios problemas do sistema brasileiro de saúde pública, em razão do recorte do objeto do presente trabalho.

Por isso o Estado, com base nas políticas públicas estabelecidas, e dentro de suas capacidades financeiras, seleciona e distribui as ações da Seguridade Social.

Outro aspecto digno de nota e freqüentemente negligenciado é que, ao contrário do que a maioria das pessoas supõe, a responsabilidade pela efetivação destes direitos não é incumbência exclusiva do Poder Público.

A Família e de modo geral toda a Sociedade<sup>62</sup>, também são responsáveis pela Seguridade Social, e de forma direta e indireta respondem pelo seu custeio, seja promovendo ações desta natureza na esfera privada – amparando-se mutuamente no meio familiar, desenvolvendo ações de beneficência em creches, orfanatos hospitalais; seja pelo pagamento de tributos especialmente criados para tal finalidade – as contribuições sociais.

José Carlos Vieira de Andrade consigna a compreensão da Seguridade Social como proteção a situações de necessidade, que “[...] *no quadro de uma comunidade política democrática, livre e pluralista, em que não compete ao Estado tudo prover, mas em que, pelo contrário, os cidadãos são livres, responsáveis e solidários.*”, pressupondo, assim, o livre desenvolvimento da personalidade, os deveres de auto-sustento e de contribuição para o bem estar da comunidade.<sup>63</sup>

#### CONFORMAÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E SAÚDE PÚBLICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Assistência Social visa prover o atendimento das necessidades básicas de subsistência, traduzidas em proteção à família, mais precisamente gestantes, crianças, adolescentes, idosos e portadores de necessidades especiais.

A Assistência Social alcança, dessa maneira, indivíduos de estratos sociais sem condições de auto-sustento, por si e/ou por suas famílias, sem o apoio do Estado.

Por esta razão o critério da renda *per capita* familiar é adotado como um dos requisitos para concessão dos benefícios assistenciais, voltados para pessoas carentes, de baixa-renda.

62 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. In BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 01/04/10.

63 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02, **Revista Jurisprudência Constitucional**, Coimbra n.º 1, Janeiro/Março, 2004, p. 25.

Os programas assistenciais mais difundidos no Brasil são o Bolsa-Família e o benefício de prestação continuada.

O Programa Bolsa Família regido pela Lei 10.836/04, regulamentado pelo Decreto n.º 5.209/04, realiza a transferência de renda para famílias em situação de extrema pobreza, que tenham rendimento mensal por pessoa de até cento e vinte reais.

Já o benefício de prestação continuada, instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social, de n.º 8.742/93, nos termos do inciso V, art. 203 da Constituição Federal, consiste no pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuam meios de prover a própria subsistência ou tê-la provida por sua família.

O Direito à Saúde envolve um conjunto de serviços prestados pelo Estado, de acesso público e gratuito, mediante políticas de caráter preventivo, curativo e de recuperação, objetivando a redução do risco de doença e de outros agravos. A saúde pública é gerida pelo Sistema Único de Saúde – SUS, cujos serviços e atribuições são divididos entre a União, os Estados e os Municípios, na forma do art. 198 da Constituição Federal de 1988<sup>64</sup>.

A competência material entre as esferas de governo tem por parâmetro a predominância do interesse local, regional ou nacional, mediante aplicação de recursos das três esferas de governo.

A União formula e executa ações e serviços de caráter nacional, respondendo pelos serviços de saúde de alta complexidade como, por exemplo, o transplante de órgãos.

Os Estados e o Distrito Federal são responsáveis pela gestão de serviços de âmbito estadual ou regional, e de forma suplementar os de caráter local, estes, a princípio, sob a incumbência dos Municípios. Assim, fica a cargo dos Estados procedimentos de média e alta complexidade, enquanto os Municípios prestam os atendimentos de menor complexidade como os Programas de Saúde da família e Farmácia básica.

64 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. In BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 01/04/10.

Além do serviço público estatal, a execução dos serviços de saúde é livre à iniciativa privada. As deficiências de atendimento no SUS fazem com que uma parte da população contrate serviços de saúde junto a instituições privadas, diretamente ou mediante operadoras de planos de saúde.

O mau ou não atendimento nos serviços públicos relacionados à Assistência e Saúde públicas enseja a propositura de ações judiciais, o que se convencionou denominar de judicialização dos direitos sociais.

### A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À ASSISTÊNCIA SOCIAL E SAÚDE PÚBLICA

É comum o exercício do direito de ação, questionando os critérios gerais fixados normativamente para exercício dos direitos sociais, em confronto com pretensões a título de concretização destes direitos sociais no plano individual.

Na discussão em torno da tutela judicial de direitos sociais como direitos subjetivos individuais, muitas vezes o deferimento do pedido (micro justiça), desconsidera a possibilidade de aplicação do mesmo juízo de subsunção às demais situações semelhantes (macro justiça), sendo esta uma das críticas ao chamado ativismo judicial. Gustavo Amaral assinala que *“A justiça no caso concreto deve ser aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macro justiça.”*<sup>65</sup>

Alguns juízes e membros do Ministério Público, em lides que envolvem direitos fundamentais relacionados à dignidade e inviolabilidade da pessoa humana, fazem do provimento judicial remédio para as deficiências e problemas do Estado, da sociedade, dos cidadãos. Gustavo Amaral aduz que argumentos relacionados a escassez de recursos soam *“[...] insignificantes ante uma vida humana determinada”*.<sup>66</sup>

Decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello é citação quase obrigatória em ações nas quais se busca tutela individual do direito à vida (tratamento de saúde, medicamentos etc):

65 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

66 AMARAL, Gustavo. Op.cit., p. 10.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.<sup>67</sup>

Sem adentrar ao exame de ponderação entre as normas incidentes, o que será feito a seguir, a simples constatação da repetição de lides individuais pode mudar a feição secundária do interesse financeiro do Estado.

No que tange à Seguridade Social, por exemplo, a alteração de interpretação de requisito para a concessão de um benefício pode repercutir em milhares de casos análogos, onerando o custeio do sistema por várias gerações.

No âmbito da Assistência Social a maior celeuma diz respeito ao critério *per capita* fixado para concessão do benefício de prestação continuada.<sup>68</sup>

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha julgado improcedente a ADIN n.º 1.232-1/DF<sup>69</sup>, que pugnava pela inconstitucionalidade do §3º, art. 20 da Lei 8.742/93<sup>70</sup>, é consistente a corrente jurisprudencial que o flexibiliza na consideração do caso concreto, com base no livre convencimento do juiz.

Assim, por exemplo, despesas com a aquisição de medicamentos, cuidados médicos etc são deduzidas da renda familiar, de forma a conceder-se o benefício, ignorando a norma de regência.

---

67 **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição de Medida cautelar n.º 1246/SC. Estado de Santa Catarina e João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator Min. CELSO DE MELLO. Decisão da Presidência do Tribunal, DJ 13/02/97.**

68 Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.(...) § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. In BRASIL. Lei 8.742/93. Lei Orgânica da Assistência Social. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm)>. Acesso em 01/04/10.

69 **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN n.º 1232-1/DF. Procurador-Geral da República e Presidente da República, Congresso Nacional. Relator p/ o Acórdão Min. Nelson Jobim. Decisão do Pleno, DJ 01/06/01.**

70 Art. 2, § 1º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] III - renda familiar mensal, a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pela totalidade dos membros da família, excluindo-se os rendimentos concedidos por programas oficiais de transferência de renda, nos termos do regulamento. In BRASIL. Lei 10.836/04. Cria o Programa Bolsa-família e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em 01/04/10.

Ainda maiores são as controvérsias quando se enfoca o direito à saúde, indubitavelmente, dos direitos sociais fundamentais, o que se relaciona de forma mais direta com a vida humana.

Seja a discussão no plano jurídico, ético, moral, médico, literário, jornalístico, ou ainda nos bancos das praças, o direito à saúde (em casos extremos viver ou sucumbir à morte) suscita polêmicas intermináveis.

O Supremo Tribunal Federal realizou Audiência Pública em abril e maio de 2009, para discussão do direito a saúde, objetivando esclarecer questões médicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas ao tema.

Diversos especialistas prestaram informações, visando ao esclarecimento do debate, podendo-se destacar alguns pontos de consenso.

Do caráter universal do Sistema Único de Saúde não se pode depreender a prestação de toda e qualquer requisição a título de concretização do direito a saúde ou, em outras palavras, o fato do sistema ser público não garante o acesso a todo e qualquer tratamento médico.

A incorporação de novos procedimentos exige planejamento e dimensionamento no âmbito de uma política pública de acesso, conforme salientado pelo Exmo Sr. José Gomes Temporão, Ministro de Estado da Saúde:

nenhum sistema público de saúde do mundo incorpora acriticamente todas as alternativas terapêuticas disponíveis em seus mercados. A incorporação de novas tecnologias, insumos e medicamentos não-experimentais e registrados no país deve ser criteriosa, passando por uma adequada avaliação de eficiência e eficácia, efetividade, custo/benefício e custo/utilidade. Uma vez incorporadas, devem ser objeto de protocolo clínico e de diretrizes terapêuticas que orientem sua utilização de forma racional, segura, de modo a obter o melhor resultado.<sup>71</sup>

Por outro lado, o direito a saúde não pode ser obstado pela gestão pública omissa. Se o Estado deixa de adquirir medicamentos que integram a lista de referência do SUS, é mais do que justificável que se busque a tutela judicial satisfativa.

Não obstante, é evidente que o deslocamento de recursos para uma despesa repercuta em outras ações e programas tão ou mais prioritários, sendo mais

---

71 TEMPORÃO, José Gomes. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 07/05/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>>. Acesso em 03/03/10.

impactante esta assertiva quanto menor seja o orçamento do ente público acionado em juízo<sup>72</sup>.

Ademais, o órgão jurisdicional precisa ter em perspectiva a natureza técnico-científica das questões de saúde, devendo se cercar de substrato probatório pericial para fundamentar suas decisões.

Cleusa da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde apresentou na audiência pública o ilustrativo caso do tratamento em Cuba para a retinose pigmentar.

A retinose pigmentar é causada pela degeneração progressiva das células sensíveis à luz, provocando alterações do campo visual, dificuldade de adaptação ao escuro (cegueira noturna); se desenvolve lentamente, em regra entre os dez e vinte anos.

Divulgou-se a existência de tratamento experimental, em Cuba, para onde em torno de novecentos e cinquenta pacientes foram encaminhados por força de decisões judiciais, entre 1995 e 2005, à custa de aproximadamente vinte milhões de reais. A partir de 2005 comprovou-se a ineficácia do tratamento. E o mais grave, segundo a Diretora:

Além disso, comprovamos, na rede pública, que, após o retorno desses pacientes, foram diagnosticadas graves lesões oculares. Então, além de não ter tido a cura, de não ter tido a melhora da sua doença, ainda foi constatado que eles tiveram conseqüências graves no seu encaminhamento para esse tratamento.<sup>73</sup>

A assimetria de informação – diferenças de conhecimento acerca do produto entre pesquisadores, indústria, profissionais de saúde e usuários,

72 Na sessão pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o ex-Advogado Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, fez a seguinte referência: “Há um caso que ocorreu no interior de São Paulo - eu sou de lá, tenho conhecimento -, em que um juiz, num determinado caso, num único caso individual, bloqueou bens do orçamento municipal da área de saúde para uma determinada parte. Esse prefeito cumpriu a determinação - era uma determinação imediata - e, depois, foi ao juiz, entregou a chave da prefeitura e disse: eu não tenho mais um centavo para gastar na área de saúde, porque todo o meu orçamento foi única e exclusivamente para um único indivíduo.” In TOFFOLI, José Antônio Dias. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 27/04/09. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr\\_Min\\_Jose\\_Antonio\\_Dias\\_Toffoli\\_Advogado\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Min_Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em 03/03/10.

73 BERNARDO, Cleusa da Silveira. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 29/04/09. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra\\_Cleusa\\_Bernardo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra_Cleusa_Bernardo.pdf)>. Acesso em 03/03/10.

é outro aspecto relevante que reforça o caráter técnico afeto às ciências biológicas, do direito à saúde.

Dirceu Raposo Melo, Diretor-Presidente da ANVISA assinala que em um grande estudo sobre hipertensão, feito no Canadá, verificou-se variação dos custos de tratamentos de três a duzentos reais, sendo que o medicamento mais barato, teve a mesma eficácia que o mais caro. No Brasil, o custo de tratamento para artrite reumatóide pode variar de oitenta e nove reais a trinta e dois mil reais anuais, dependendo do produto utilizado<sup>74</sup>.

Estes são apenas alguns dos aspectos frequentemente desconsiderados na judicialização dos direitos sociais relacionados à Seguridade Social, suficientes, não obstante, para avançarmos à crítica dos fundamentos e contradições do paradigma dominante na doutrina e jurisprudência brasileiras.

## CRÍTICA

A tutela individual dos direitos prestacionais, inclusive os relativos à Seguridade Social, não se resume à defesa da dignidade humana. Prescinde da intermediação legislativa, da harmonização com as políticas públicas subjacentes, além da diferenciação entre mínimo existencial e direitos fundamentais.

A sempre acesa polêmica em torno da concretização dos direitos fundamentais é reflexo da evolução do constitucionalismo, da democracia e do Estado do bem-estar social. Konrad Hesse assim se manifesta acerca do significado dos direitos fundamentais:

Historicamente, e em seu significado atual são os direitos fundamentais, sobretudo direitos humanos: o que com eles se põe em jogo são as condições essenciais da vida individual e comunitária em liberdade e da dignidade humana, um encargo que nada perdeu, nas circunstâncias presentes, de sua importância para o nosso tempo. Se os direitos fundamentais hão de assegurar eficazmente essas condições essenciais, não devem obstaculizar as mudanças sociais; ao mesmo tempo, deverão ser mantidos e protegidos em sua essência sem reserva nem restrição

---

74 MELO, Dirceu Raposo. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 04/05/09. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor\\_Presidente\\_da\\_ANVISA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf)>. Acesso em 03/03/10.

alguma. Isso pressupõe que não se dilatem de modo inflacionário nem sejam reduzidos a tostões.<sup>75</sup>

Discorrendo acerca do problema filosófico dos fundamentos dos direitos humanos, Norberto Bobbio conclui pela busca não de fundamentos absolutos, mas dos fundamentos possíveis, em cada ordenamento, levando-se em conta as condições, meios e situações nas quais os direitos podem ser realizados: “*O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado dos problemas dos meios.*”<sup>76</sup>

Sobre a Liberdade<sup>77</sup> é um das obras clássicas do individualismo. O enfoque de Stuart Mill é a liberdade de consciência individual em face do Estado e de outros cidadãos. O autor inglês pontua que: as verdades diferem nos locais e gerações; posições contrárias podem ter um caráter complementar; é necessário um exame crítico, em prol de uma discussão pública, de uma moralidade compreensiva. Dessa maneira, a liberdade individual, para Stuart Mill, só pode ser compreendida associada à igualdade e à racionalidade.

Não deixa de ser curiosa a relação entre o individualismo jurídico e a concreção de um direito social como direito subjetivo, quando exercido pelo sujeito de forma individualizada mediante uma ordem judicial, fora dos parâmetros coletivos definidos pela norma geral, violando a isonomia de tratamento.

E, o mais grave, pode comprometer a efetividade do direito social no âmbito da coletividade, em especial nos pequenos Municípios, o que carece de qualquer racionalidade.

Não são concepções individuais do que é ou não justo que resolverão o problema de efetividade dos direitos sociais. Otto Bachof arrazoa:

É evidente que um juiz não está autorizado a basear suas decisões em concepções subjetivas sobre justiça: tem de servir-lhe sempre de padrão a *communis opinio* de todos “os que pensam *recta* e justamente” - e, na verdade, ainda que as concepções sobre o justo e o injusto divirjam

75 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 72

76 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43-44.

77 MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

multiplamente no pormenor, existe a tal respeito, nas questões fundamentais, larga concordância dentro de uma comunidade jurídica, pois de outro modo qualquer tentativa de criação de uma autêntica ordem integradora estaria de antemão condenada ao fracasso.<sup>78</sup>

É certo que o Estado precisa criar condições sociais e econômicas que façam dos direitos fundamentais realidades efetivas.<sup>79</sup> Mas, não são enunciados constitucionais que garantem a concreção dos direitos fundamentais. Os direitos sociais não são discriminados em forma de rol no texto da Lei fundamental alemã. Nem por isto esta ausência faz com que a República Federal Alemã deixe de ser um Estado Social. Esta condição não nasce do enunciado de norma constitucional, depende da política e renda nacional.<sup>80</sup>

Embora Friedrich Müller discorde da concepção predominante que trata os direitos fundamentais como sistema de valores e com a solução de conflitos mediante a técnica da ponderação, sua proposta de trabalho hermenêutica parte do enunciado normativo singularmente observado, avançando para os fatores da realidade, dos dados reais da esfera social, ou como nomina – para o âmbito da norma.<sup>81</sup>

As normas constitucionais são o ponto de partida, e não de partida e chegada da interpretação, sendo demasiado simplista extrair, dos enunciados constitucionais, direitos subjetivos individuais, sendo a metódica pós-positivista de Friedrich Müller um dos possíveis caminhos, na visão de Canotilho<sup>82</sup>.

O âmbito da norma abrange o recorte da realidade social – aspectos fáticos e jurídicos, sob o qual o programa da norma incide. Müller vê a normatividade como um processo dinâmico, no qual se mesclam os efeitos da norma sobre a realidade, e da realidade sobre a norma: a atividade de interpretação requer a apreensão do eixo norma-realidade.<sup>83</sup>

78 BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Trad. Jose Manuel M Cardoso da Costa Coimbra: *Almedina*, 2008, p. 82

79 MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988, p. 165

80 MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. Op.cit., p. 166

81 MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17-20;10-13.

82 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Metodologia fuzzy*” e “*camaleões normativos*” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008, p.127.

83 MULLER, Friedrich. Op.cit., p. 125;129;130.

Ingo Wolfgang Sarlet também participou da Audiência Pública sobre o direito à saúde promovida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo interessante reportar alguns trechos de sua manifestação em torno do questionamento: qual o papel que o Poder Judiciário pode e especialmente deve cumprir, na concretização do direito a saúde?

O especialista relembra que a atual postura concretizadora da jurisprudência é recente, em superação à concepção de atribuição do direito à saúde como norma programática na Constituição Federal de 88, sendo necessário superar extremos, na busca de “[...] *uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões.*”<sup>84</sup>.

Sarlet refuta os argumentos de efeito discriminatório ou anti-isonômico na intervenção judicial concretizadora: a não realização de direito individual somente acresce à injusta não realização do direito na esfera coletiva. Suscita a necessidade de reforma do sistema orçamentário, do controle judicial e também preventivo do orçamento, como “[...] *medidas que podem ser aperfeiçoadas e podem levar a uma melhor coordenação do sistema como um todo e minimização inclusive dos efeitos individuais.*”<sup>85</sup>.

Reconhece o caráter alocativo das decisões judiciais, pois seu cumprimento implica no não atendimento de outras ações de saúde, concluindo pelo abandono da concepção do direito a saúde como se fosse “[...] *direito líquido e certo e não fosse um direito que deveria ser adequado às peculiaridades individuais ou mesmo de certos grupos da população.*”<sup>86</sup>.

No Brasil a Reserva do possível é estruturada como uma limitação de ordem fática, relativa à existência ou inexistência de recursos financeiros. Na Alemanha, origem da doutrina, é vista como reserva democrática, “[...] *no*

84 SARLET, Ingo Wolfgang. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 27/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 03/03/10.

85 SARLET, Ingo Wolfgang. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 27/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 03/03/10.

86 SARLET, Ingo Wolfgang. Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Brasília, 27/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 03/03/10.

*sentido de que sua legitimidade decorre da concessão discricionária em lei.*”,<sup>87</sup> o que confere centralidade à intermediação legislativa e não ao ativismo judicial.

O direito individual à saúde enlaçado à inviolabilidade da dignidade da pessoa humana contempla o direito de viver, ou melhor, continuar vivendo, a qualquer custo, quando as prestações requeridas, em sede judicial, não integram os procedimentos do Sistema Único de Saúde?

Conforme leciona Flávio Galdino, a avaliação dos custos dos direitos não implica em “[...] *transformar a atividade jurídica em uma máquina insensível operada por economistas*”.<sup>88</sup>, asseverando, não obstante, que é preciso observar o óbvio: o gratuito não existe. Ao contrário de opor-se aos direitos fundamentais, o objetivo desta apreciação é maximizar os direitos fundamentais “[...] *para todos e não apenas para alguns poucos*.”<sup>89</sup> Para o citado autor:

O Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes. O paradigma da eficiência, iluminado pela Ética, impõe-se então como meio de constituir e informar as escolhas públicas refletidas, responsáveis, moralmente justificadas e coerentes dos cidadãos, maximizando as virtudes do processo democrático.<sup>90</sup>

Alexy<sup>91</sup> suscita a necessidade de desdemonização, desideologização e desemocionalização do conceito de direitos fundamentais sociais. Concebendo-se os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, a proteção da vida será realizada na maior medida possível, “[...] *dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*.”<sup>92</sup>

## CONCLUSÃO

Pela sua própria natureza, como direitos coletivos e não individuais, os direitos fundamentais prestacionais têm sua disciplina regulada por normas gerais, fulcrada na igualdade de tratamento de todos os beneficiários.

87 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. *Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 138.

88 GALDINO, Flávio. **Introdução a teoria dos custos dos direitos**. *Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 210.

89 GALDINO, Flávio. Op.cit., p. 346.

90 GALDINO, Flávio. Op.cit., p. 346.

91 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 454.

92 ALEXY, Robert. Op.cit., p. 112, nota 64; 113.

A definição das políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais de segunda geração transcende cada prestação, cada beneficiário individualizado, perpassando o interesse de toda a sociedade.

Isso não exclui a possibilidade de provimento judicial de concretização de interesse individual como direito subjetivo à prestação estatal, mas em caráter excepcional, confrontando o caso concreto aos fins da norma, considerando a reserva do possível não como reserva financeira, mas de delimitação da legitimação democrática, a distinção entre mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, dentre outros aspectos elencados ao longo deste trabalho.

Quando o autor da demanda tem nome e rosto, e busca em juízo tutela à Assistência, Saúde, Previdência Social, muitas vezes está em jogo sua subsistência, sua vida.

O Estado não pode alegar restrição financeira com a finalidade de exonerar-se da prestação quando da omissão resultar nulificação de direitos constitucionais fundamentais.

Konrad Hesse aduz que o sistema de valores da constituição cuja medula radica na dignidade da pessoa humana “[...] *deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional.*”<sup>93</sup>

De outro lado, o risco da vida, anteriormente à dimensão social, é um risco fundamentalmente individual, para o qual contribui o maior ou menor esforço de cada um, sendo inequívoco que a desigualdade de oportunidades exerce papel relevante neste contexto.

A tutela da dignidade da pessoa humana compreende duas concepções principais. A primeira está associada ao dever estatal de proteção direta à dignidade humana, sob o dilema de ampliar de forma extremada o conceito (abarcando tudo que mereça de proteção), e o risco de trivializá-lo.

A segunda se apóia em direitos fundamentais específicos, e o argumento da dignidade é utilizado incidentalmente, como um argumento acessório.<sup>94</sup>

Infelizmente, Estado e Sociedade ainda não conseguiram estabelecer padrões de convivência que permitam uma distribuição equânime de riquezas.

93 HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 38.

94 É a mais utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 449; 454.

A solução para o problema da efetividade dos direitos sociais não está, contudo, nos tribunais, mas no exercício pleno da cidadania: na escolha da representação política, no controle dos gastos públicos, na colaboração da Sociedade, nos deveres individuais de auto-sustento e contribuição para o bem estar da comunidade.

Como assentado no Talmude: “Somos sempre levados para o caminho que desejamos percorrer.”<sup>95</sup>

## REFERÊNCIAS

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

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02, **Revista Jurisprudência Constitucional**, Coimbra n.º 1, Janeiro/Março, 2004, p. 4-29.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 9ª ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Trad. Jose Manuel M Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BERNARDO, Cleusa da Silveira. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, de 29/04/09. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra\\_Cleusa\\_Bernardo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra_Cleusa_Bernardo.pdf)>. Acesso em 03/03/10.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 45/DF**. PSDB e Presidente da República. Relator Min. CELSO DE MELLO. Decisão monocrática, DJ 04/05/04.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Petição de Medida cautelar n.º 1246/SC. Estado de Santa Catarina e João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator Min. CELSO DE MELLO. Decisão da Presidência do Tribunal, DJ 13/02/97.

95 Talmude. Disponível em <[HTTP://www.citador.pt/citacoes.php?cit=1&op=8&theme=513&firstrec=0](http://www.citador.pt/citacoes.php?cit=1&op=8&theme=513&firstrec=0)>. Acesso em 04/12/09.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADIN n.º 1232-1/DF. Procurador-Geral da República e Presidente da República, Congresso Nacional. Relator p/ o Acordão Min. Nelson Jobim. Decisão do Pleno, DJ 01/06/01.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 01/04/10.

\_\_\_\_\_. Lei 8.742/93. Lei Orgânica da Assistência Social. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm)>. Acesso em 01/04/10.

\_\_\_\_\_. Lei 10.836/04. Cria o Programa Bolsa-família e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em 01/04/10.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)>. Acesso em: 24/02/10.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. “*Metodologia fuzzy*” e “*camaleões normativos*” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias. In **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1ª ed. bras. São Paulo: RT, 2008.

GALDINO, Flávio. **Introdução a teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

MARTIN-RETORTILHO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Civitas, 1988.

MELO, Dirceu Raposo. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, de 04/05/09. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor\\_Presidente\\_da\\_ANVISA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf)>. Acesso em 03/03/10.

MILL, John Stuart . **Sobre a Liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.01-60.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEURER, Jörg. O código civil da Alemanha(BGB) e a Lei Fundamental. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.245-269.

NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. **Revista virtual da AGU**. Brasília, v. 4, n.º 8 dez/2005. Disponível em <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=85444&cordenacao=53&cid\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=85444&cordenacao=53&cid_site=1115)>. Acesso em 03/03/10.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e amp., Livraria do Advogado Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 27/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 03/03/10.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

**Talmude**. Disponível em <[HTTP://www.citador.pt/citacoes.php?cit=1&op=8&theme=513&firstrec=0](http://www.citador.pt/citacoes.php?cit=1&op=8&theme=513&firstrec=0)>. Acesso em 04/12/09.

TEMPORÃO, José Gomes. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 07/05/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>>. Acesso em 03/03/10.

TOFFOLI, José Antônio Dias. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 27/04/09. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr\\_Min\\_Jose\\_Antonio\\_Dias\\_Toffoli\\_Advogado\\_Geral\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Min_Jose_Antonio_Dias_Toffoli_Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em 03/03/10.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. UC Berkeley: Berkeley

Program in Law and Economics, 2007, disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>>, acesso em 01/04/10.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito e Economia: Análise econômica do Direito. In **Direito e Economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.