

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Tatiane Barboza dos Santos

A (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS FRENTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO
ESTADO

Carazinho
2010

Tatiane Barboza dos Santos

A (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS FRENTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO
ESTADO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Julio Cesar Giacomini.

Carazinho
2010

Aos meus pais, *Fátima* e *João*, os maiores
incentivadores desta realização pessoal...

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença constante.

Aos meus pais, acima de tudo, por todo o amor, carinho, lições de valores e por ampararem meu sonho de Justiça.

À Larissa, minha irmã, meu anjo.

Às colegas, Darusa Nascimento, Laís Sálvia e Patrícia Bervian, por compartilharem comigo todos os momentos desta jornada e, principalmente, pela sua valiosa amizade.

Ao mestre e orientador, Professor Julio Cesar Giacomini, por toda a paciência, apoio e o brilhante auxílio à realização deste trabalho.

A todos os professores e mestres, pelo aprendizado ao longo de minha vida e, especialmente, pela minha formação acadêmica.

Ao amigo João Pedro Albuquerque de Azevedo, pela ajuda inestimável no decorrer desta caminhada acadêmica.

À amiga Mayara Chiodi, pela amizade para toda e qualquer hora.

Aos demais amigos, colegas e familiares que de alguma maneira contribuíram para esta conquista.

“A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado”.

Francesco Carnelutti

RESUMO

A presente pesquisa consiste em analisar a efetividade ou inefetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial, o direito à saúde, frente aos escassos recursos financeiros e orçamentários, além da burocratização que as regras orçamentárias possuem para sua prévia aprovação pelo Poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, faz-se um estudo também sobre as políticas públicas, pois de certa forma possuem elas ligação direta com o orçamento, é através dela que o Estado atua para efetivar os direitos, dando prioridades à Administração. Com relação a atividade do Judiciário na concretização dos direitos sociais, atua ele extraordinariamente, pois que com um olhar primário, a aplicabilidade dos direitos sociais seria atribuição dos outros poderes, e não do Judiciário. Faz-se uma análise, em especial, sobre a teoria da reserva do possível, pois que os direitos sociais são direitos que dependem de recursos financeiros, no entanto, esses não são ilimitados. Recorre-se ao método de procedimento bibliográfico e a abordagem hipotético-dedutivo, visando que este procedimento se iniciou pela inefetividade do Estado em cumprir todos os direitos que a Carta Magna determina, acerca da qual se formulam hipóteses. Após estudo aprofundado do assunto, pôde se verificar que, atualmente, se deve sempre predominar a efetividade dos direitos fundamentais sociais em face do mínimo existencial correlato com o princípio da dignidade da pessoa humana, no entanto, de maneira racional, nunca deixando de atentar para o princípio da proporcionalidade e da racionalidade, bem como do caso concreto em análise, pois há de se observar que os recursos materiais são limitados.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Mínimo existencial. Orçamento. Políticas públicas. Proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 EVOLUÇÃO DO ESTADO.....	09
1.1 Teoria Geral do Estado	09
1.2 Direitos Fundamentais Sociais.....	20
1.3 Direito à Saúde.....	24
2 O ORÇAMENTO E AS (IN) POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO ESTATAL....	29
2.1 Orçamento.....	29
2.2 Políticas Públicas.....	37
2.3 Reserva do Possível.....	40
3 A (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AOS LIMITES FINANCEIROS.....	46
3.1 Aplicabilidade das Normas Constitucionais.....	46
3.2 Mínimo existencial e Dignidade da Pessoa Humana.....	51
3.3 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.....	55
3.4 <i>Microjustiça X Macrojustiça</i>	59
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito ao tornar efetiva a sua Constituição Federal, elencando direitos a serem cumpridos, toma para si a idéia de promovedor e realizador dos direitos fundamentais e sociais. Nesse sentido ao garantir direitos à todos os cidadãos, o Estado necessariamente precisa se auto-organizar, promovendo políticas públicas, além de depender de fatores orçamentários e econômicos a fim atender à todas as pessoas de maneira igualitária.

Ao Estado se auto considerar como um Estado Democrático de Direito, como assim define a Constituição Federal de 1988, dentre os direitos sociais substanciais que este deve promover, é o direito à saúde, pois que evidentemente a saúde se enquadra em uma das mais importantes garantias dos cidadãos que devem ser asseguradas pelo agente público.

O que se objetiva estudar na presente monografia é a efetividade ou a não-efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente a saúde, num contexto de recursos materiais escassos. Outro aspecto relevante é a noção de que os direitos sociais requerem uma atuação positiva do Estado, necessitando de alocação financeira e orçamentária para sua plena aplicabilidade, nessa senda, requer-se um estudo se estariam eles limitados face a teoria da reserva do possível, além das regras orçamentárias e, em consequência, as políticas públicas, determinadas previamente pelo Executivo e pelo Legislativo.

Ainda, fazer um aprofundamento no que tange ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, dependentes da intervenção do Estado como protetor e promovedor destes direitos, além da proporcionalidade que há de se verificar em casos concretos.

No primeiro capítulo far-se-ão algumas considerações sobre o processo evolutivo do Estado, fazendo menção a algumas formas importantes do Estado durante sua evolução, passando pelo Estado Liberal até o Social, além, é claro, do Estado Democrático de Direito, consagrado modernamente pela nossa Constituição Federal de 1988. Com efeito, se abordará brevemente no que tange aos direitos fundamentais sociais, conseqüentemente far-se-á um panorama sobre as gerações ou dimensões de direitos como fruto das conquistas dos cidadãos no decorrer do tempo. Como último ponto a ser desenvolvido no primeiro capítulo, far-se-á um estudo acerca do direito à saúde, esse como elencado entre os direitos fundamentais sociais garantidos pela Carta Constitucional.

No segundo capítulo serão abordadas as questões financeiras do Estado, com aprofundamento nas regras orçamentárias desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, com abordagem em relação às escolhas feitas previamente pelo Estado através das políticas públicas.

É dada ênfase, ainda no segundo capítulo, a cláusula da reserva do possível, pois que os direitos sociais demandam recursos financeiros para sua efetividade, havendo, portanto, uma justificativa na limitação de recursos materiais disponíveis pelo Estado. Com relação as políticas públicas definem-se estas como ações do agente estatal para concretizar os direitos elencados na Constituição, devendo o Estado articular políticas prestacionais para atender à demanda populacional.

Examinar-se-á, na terceira e última seção este trabalho, as peculiaridades no que tange a aplicabilidade das normas constitucionais. Ainda, far-se-á uma análise mais aprofundada acerca do chamado mínimo existencial, aquilo que pode necessariamente ser considerado como fundamental para os indivíduos, além de sua estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, pela linha tênue que se encontra entre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e os recursos orçamentários, far-se-á brevemente uma análise no que se refere a proporcionalidade e a razoabilidade, tanto no que se refere daquilo que o Estado pode promover, como naquilo que as pessoas podem exigir do Estado.

Como último tópico da terceira seção deste trabalho, em breves linhas, falar-se-á sobre uma das principais críticas à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, portanto, não se pode deixar de falar em *microjustiça* e *macrojustiça*. Inquestionável, portanto, a relevância do problema da aplicabilidade das normas constitucionais face às limitações financeiras do Estado, bem como para a maior efetividade dos direitos fundamentais sociais consagrados na Carta Constitucional. Por fim, este trabalho monográfico será desenvolvido através do método hipotético-dedutivo, pois que este método se inicia pela apreensão da realidade nos conhecimentos acerca dos quais se formulam hipóteses. Através de suposições consagradas especialmente em doutrinas, formulando desta forma explicações sobre o assunto de modo geral. O método de procedimento a ser usado na pesquisa será o bibliográfico, onde ao máximo se procurará explicar o problema, a partir de pesquisas a serem feitas em doutrinas, periódicos, revistas e legislação.

1 EVOLUÇÃO DO ESTADO

O Estado evolui incessantemente desde o seu surgimento. A sua moderna estrutura é de grande complexidade que envolve não só o Estado em si, como também todas as suas definições, seus institutos, elementos, não aparecendo de um momento para outro, mas sim, fruto de uma grande escala, com um fardo de desenvolvimento histórico. Por tal motivo, é imprescindível fazer um breve panorama acerca de seu desenvolvimento histórico, desde os seus primórdios até o atual Estado Democrático de Direito, promovedor dos Direitos Fundamentais Sociais.

1.1 Teoria Geral do Estado

A melhor maneira para entender a figura do Estado e suas peculiaridades seria estudando a Ciência Política, conforme demonstram Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, “a Ciência Política será, assim, essa disciplina que, mediante um processo de compreensão interdisciplinar, possibilitará interpretar a complexidade que envolve o Estado, o poder, a política, a democracia e o direito [...]”. (2004, p. 18).

Ocorre que, através da Ciência Política, bem como da Teoria Geral do Estado, é que se vai compreender o Estado e todas as suas formas de funcionamento correlatas entre si, além de todo o seu ordenamento jurídico, pois é decorrente dele que emana todo o complexo de normas as quais regem as relações humanas da vida em sociedade (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 19).

A primeira versão histórica do Estado, segundo Streck e Bolzan, apareceria com o Estado Antigo (Oriental e Teocrático), nessa fase a pessoa do governante entranhava-se na figura divina, o Estado confundia-se com um poder sobrenatural dado pelos deuses. (2003, p. 20).

Como demonstra Sahid Maluf em sua doutrina sobre o Estado Antigo:

Em geral, nas antigas civilizações orientais não existiam doutrinas políticas, mas, sim, uma única forma de governo, que era a monarquia absoluta, exercida em nome dos deuses tutelares dos povos. [...]. Outro de seus caracteres gerais era a concentração de poderes numa mesma pessoa, a que acumulava as funções de militar, judicial, sacerdotal e de coleta de impostos. (2003, p. 93)

Posteriormente surgiu o Estado Grego, diferentemente do Estado Antigo, aqui rompe-se a imagem da autoridade e da figura divina na mesma pessoa, nesse instante que se revelam as cidades – Estado, ou seja, a *Polis*. Para Maluf,

A *Polis* era uma associação política e ao mesmo tempo uma comunidade religiosa, mas não se confundiam Estado e Religião nas mesmas instituições. Ainda segundo o autor, “as divindades gregas não conferiram caráter místico à autoridade, como ocorria nas monarquias orientais”. (2003, p. 98).

Nesse momento, a idéia em geral era a participação das pessoas - cidadãos, na gestão das cidades, com participação política e o surgimento da democracia como sistema de intervenção na vida privada. Nos personagens filosóficos de Platão, Aristóteles e Sócrates aparece a figura do Estado justo e do homem político, evidencia-se o racionalismo como forma dos homens viverem em sociedade, assim como a lei escrita, a qual desenvolve papel fundamental para os gregos para o regulamento da vida em sociedade. (MALUF, 2003, p. 95).

Nas mesmas linhas, Clovis Gorczewski:

O pensamento grego tinha uma concepção de existência voltada para um humanismo racional. [...]. Esta racionalidade lhes propicia enfrentar os fatos da vida com discernimento e objetividade buscando implementar a idéia de liberdade política – não no sentido de auto-governo, como lembra Travieso, e sim no sentido de viver de acordo com as leis da cidade. Liberdade na concepção grega é permissão para agir, nos estritos termos da lei. (2005, p. 34)

A terceira forma relevante da evolução de Estado aparece com o Estado Romano, ocorrendo certa semelhança com o Estado Grego, essa forma se assentava na “base familiar de organização” (STRECK, 2003, p. 20). O Estado Romano foi de extrema importância, segundo o doutrinador Gorczewski, pois foram eles os “responsáveis pela sedimentação da lei

como instrumento maior da regulação social – merecendo destaque a Lei das XII Tábuas, que surge em Roma no séc. V. a. C”. (2005, p. 35). Marcando o início da lei escrita, ou seja, através da codificação das normas.

Sua base consistia no núcleo familiar, surge nesse momento a autoridade do *pater familias*, cuja figura era decisiva, pois era ele quem detinha o poder sobre todos os membros da família, inclusive decidindo sobre a vida e morte de cada um. (MALUF, 2003, p. 101).

Em decorrência da grande divergência de direitos entre plebeus (classe baixa, a margem da sociedade) e patrícios (os *paters* e seus descendentes) começa a surgir grandes tumultos na sociedade romana. (MALUF, 2003, p. 102). Para Gorczewski, “lentamente, os plebeus foram conquistando direitos até chegar a igualdade com os patrícios”. (2005, p. 36). Assim, requer-se a igualdade de direitos entre todos, independentemente da classe social a que pertencem.

Ainda para Clovis Gorczewski:

[...], os avanços jurídicos e políticos que surgem em Roma – os quais podem aproximar-se de garantias e direito individuais – são conquistados a duras penas e sob pressão popular, como a luta dos plebeus em busca de uma maior igualdade com a nobreza; a designação dos tribunos da plebe; a conquista de leis que nivelam um pouco as posições sociais, e outras. (2005, p. 36)

Nessa linha, mais uma vez o autor leciona que com os romanos criou-se a expressão “Jus Naturalis – aquele conjunto de valores que todo ser humano possui”. O doutrinador demonstra a importância do Estado romano, “merecendo destaque o sistema de limitação do poder político, alcançando, graças a um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos”. (2005, p. 36). Lembra-se assim, o atual sistema de separação dos poderes adotado pelo Brasil, em que Executivo, Legislativo e Judiciário, relacionam-se entre si de forma harmônica, cada um interferindo na esfera do outro, mas dentro dos seus parâmetros de atuação.

Nas palavras de Maluf:

O Estado romano, muito semelhante ao estado grego, tinha suas características peculiares: distinguia o direito da moral, limitando-se à segurança da ordem pública; a propriedade privada era um direito *quiritário* que o Estado tinha empenhado em

garantir; o homem gozava de relativa liberdade em face do poder estatal, não sendo obrigado, praticamente, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; o Estado era havido como *nação organizada*; a vontade nacional era a fonte legítima do Direito. (2003, p. 103).

Assim sendo, a Lei das XII Tábuas foi fruto de revoltas sociais, para Jayme de Altavila, ela “não foi impingida pelos deuses, nem pelos soberanos, nem pelos jurisconsultos. Foi ela a mais legítima das leis, porque resultou do sacrifício, da luta, do clamor do povo romano reduzido ao pauperismo pela realeza e pelo patriciado. Consagra-se como o código de leis mais sucinto, autoritário e sincero do que nenhum outro corpo de leis foi. (2001, p. 83)

Posteriormente, aparece uma forma estatal pré-moderna, o chamado Medieval, (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 21), que seria a passagem do Romano para o Medieval. Essa forma estatal caracteriza-se pela decadência do Estado Romano, o qual sucumbiu devido as invasões bárbaras, marcando o término da idade antiga e o início da Idade Média. (MALUF, 2003, p. 107).

No Estado Medieval, influenciaram especialmente três elementos (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 21), o Cristianismo, que aspira a idéia de que todas as pessoas deveriam tornar-se cristãs, as pessoas vêm na figura da Igreja o seu refúgio para as suas dores, segundo Maluf, “como refúgio para o espírito dos homens nos momentos mais graves da história da humanidade”. Ainda segundo o autor, “toda a história política da Idade Média gira em torno das relações entre o Estado e a Igreja Romana”. (MALUF, 2003, p. 111).

Nesses tempos, os Imperadores começaram a estabelecer a nítida ideia da separação dos poderes espirituais e do governo, evitando assim “abusos que decorreriam fatalmente da acumulação dos dois poderes”. (MALUF, 2003, p. 111).

No entanto, o poder espiritual (da igreja) ainda se sobrepunha ao poder emanado pelo governo, principalmente ao fato de que a investidura dos monarcas no Império submetia-se a coroação, ao exame e a aprovação da Igreja. (MALUF, 2003, p. 113).

Segundo Maluf:

A preeminência do Papado sobre os monarcas medievais era de ordem espiritual. O Estado era de fundamento teológico, mas não se confundia com o feitiço teocrático das monarquias orientais, isto é, com o sistema dos reis-deuses da antiguidade. O rei-cristão da Idade Média recebia o poder das mãos do Bispo, era consagrado no ato

de sua investidura e ungido ao pé do altar. Daí a sua subordinação ao poder espiritual, considerado originário e superior. (2003, p. 112).

As invasões bárbaras também fazem parte dessa forma de estado pré-moderna, Streck e Bolzan classificam que essas invasões “propiciaram profundas transformações na ordem estabelecida, sendo que os povos invasores estimularam as regiões invadidas a se afirmar como unidades políticas independentes”. Ainda para os autores, como não havia a definição clara de território, do que pertencia ou não pertencia para cada Estado, era corriqueiro o estado de guerra. (2003, p. 21).

O terceiro elemento importante do medievo foca-se no feudalismo, ocorre nesse momento da história uma forma de descentralização do Estado, Maluf entende que “o feudalismo assinalou uma longa fase de acentuada decadência da organização política”. (2003, p. 109). A figura do senhor feudal possuía forte influência devido ao fato de ser ele quem detinha o poder dentro do feudo, cumpria dessa forma uma atuação que caberia não a ele e sim ao Estado.

Conforme se observa na obra de Maluf;

O senhor feudal era o proprietário exclusivo das terras, sendo todos os habitantes seus vassallos. Exercia o senhor feudal as atribuições de chefe de Estado, decretava e arrecadava tributos, administrava a justiça, expedia regulamentos e promovia a guerra. Era uma espécie de rei nos seus domínios. Seu reinado, porém, repousava sobre um conceito de direito privado, não de direito público. Desse fato resultaram anomalias tais como a jurisdição privada, a cunhagem privada, a guerra privada etc. (2003, p. 109).

A relação de subordinação ao senhor feudal era marcante e “se espalhou por toda a Europa”. Tão forte era a influência do senhor feudal que era ele quem “detinha o poder econômico, o político, o militar, o jurídico e o ideológico sobre os “seus” servos”. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 22).

Após a multiplicidade e o crescimento do poder dos feudos, a população começou a se mobilizar e reagir contra esse regime ao qual eram submetidas e deviam total respeito. Com as idéias racionalistas surgidas com o desenvolvimento da indústria, a população requer a unidade do Estado, baseado no direito público. “As próprias populações sacrificadas por

aquele longo regime de vassalagem procuraram refúgio na unidade do Estado, na centralização do poder e no fortalecimento do governo”. (MALUF, 2003, p. 109).

Para Streck e Bolzan;

Em face das características *stricto sensu* da forma estatal medieval, é razoável afirmar que *não existiu Estado centralizado no decorrer do período medieval*, exatamente pela fragmentação dos poderes em reinos, feudos etc. A forma de Estado centralizado – Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, *vindo a surgir como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente*. (2003, p. 23).

Depois disso, surge o Estado dito Moderno, o qual é reflexo das lutas ao final do séc. XVII, na França, com a revolução de 1789, e da revolução Industrial do século XIX, conforme melhor leciona Streck:

Nesse sentido, como muito bem ensina Lourival Villanova, é importante ter claro que “...a Teoria Geral do Estado está, intimamente, ligada à história do Estado Moderno. Sociologicamente, é a explicação e o comentário desse Estado. Sua base empírica é o Estado Moderno, notadamente, o Estado Constitucional, o Estado que começa depois do movimento revolucionário de 1789”. Por isto, acrescenta, “a Teoria Geral do Estado, apresenta conteúdo demais para ser apenas uma lógica do Estado, isto é, uma análise do normativismo puro”. (2003, p. 19)

Segundo o professor Julio Cesar Giacomini, há três características marcantes de distinção entre o feudalismo e o emergente Estado Moderno, quais sejam:

Em razão da instituição da separação entre a esfera pública e a esfera privada; da dissociação do poder político, assim entendido como poder de dominação legítima legal-racional, do poderio econômico (meios de produção e subsistência), que eram reunidos no sistema feudal; e da separação entre as funções administrativas e políticas, autonomizando-se da sociedade civil. (2007, p. 13).

Com a primeira forma emergente de Estado após o feudo, no fim da Idade Média, “iniciou-se uma nova fase de grandeza do Estado monárquico, sob a forma absolutista”. (MALUF, 2003, p. 109). Versão de Estado essa como berço do surgimento do capitalismo. O

Monarquismo absolutista surge assim como um caminho para o Estado Moderno, o poder concentrado na figura de uma só pessoa, o monarca. Essa “estratégia absolutista serviu fundamentalmente para, na passagem do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos”. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 44).

Importante foi então a figura do monarca absolutista para assegurar a unidade do Estado, ainda concentrado na “idéia de que o poder dos reis tinha origem divina”. Além disso, o rei era visto como o próprio Estado personificado em si, “ficando na história a frase de Luiz XIV, o *Rei Sol L'État c'est moi – O Estado sou eu.*” (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 44). Importante esclarecer, que essa primeira imagem de Estado moderno cessa com a Revolução Francesa de 1789.

Nesse momento, inicia-se o fomento necessário para uma revolução, as monarquias se privilegiam, principalmente, no sentido econômico em que “clero e nobreza não pagavam qualquer tipo de impostos”. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 46). Eram tantas as alforrias de luxo para os reis, gastos expressantes com dinheiro público, tudo pago pelo sacrifício do povo, em contraponto, o povo fora dos portões da realeza morria de fome, foi assim que a monarquia encontra-se a beira do caos e o reino entra em crise, onde começam a insurgir revoltas sociais, especialmente na França, “a situação do Estado é absolutamente caótica e conturbada”. (GORCZEVSKI, 2005, p. 47).

É aqui que entra em cena a famosa revolução de 1789, fruto da revolta do povo para com os privilégios usufruídos pela monarquia. Conforme Paulo Bonavides:

A fim de alforriar-se politicamente, isto é, a fim de resolver a contradição entre o poder econômico auferido e a sujeição política a que ficara reduzida é que a burguesia conspirou, se fez revolucionária, empunhou armas e se voltou contra a realeza absoluta, até promover-lhe a queda fragorosa, mediante atos de ferocidade e violência, quais foram os episódios marcados no calendário de sangue na Revolução de 1789. (1995, p. 68).

Tamanha a importância da Revolução Francesa para conquista dos direitos inerentes a pessoa humana, os quais até hoje são de extrema necessidade para a sociedade que, “a revolução francesa, foi o acontecimento político e social mais espetacular da história, o maior levante de massas até então conhecido, e assinalou o início de uma nova era”. (GORCZEVSKI, 2005, p. 47). Importante ressaltar também, a revolução industrial do século

XIX para a conquista cada vez maior dos direitos dos cidadãos, especialmente no tocante aos chamados Direitos de segunda geração ou dimensão, conforme bem explicita Andreas J. Krell (2000, p. 27).

Com efeito, sobre a tão esplendorosa Revolução, Gorczewski, define;

É esta revolta popular que marca o princípio da modernidade. É onde tudo inicia: a separação do Estado da Igreja, a proclamação do Estado secular, a participação popular na administração do Estado, a liberdade de imprensa, a igualdade de todos ante a lei, a educação pública gratuita, a abolição da tortura, o início da emancipação feminina, a condenação a escravidão, e principalmente, a idéia de igualdade, liberdade e fraternidade proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como os princípios que devem guiar a vida de todos os homens. (2005, p. 48).

Após a clamada revolução, o primeiro regime jurídico-político que se institucionalizou foi o Estado Liberal. Nesse sentido, para Giacomini:

Tradicionalmente admite-se que o Estado Moderno tomou duas formas principais: o Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro emergiu com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; o segundo começou a construir-se desde o final do século XIX até aproximadamente os anos 1970. (2007, p. 14).

Define-se o Estado Liberal por ser ele a tradução da vontade popular, baseando-se na idéia de limites, “no modelo liberal, o que há, efetivamente, é uma exclusão da atuação estatal interventiva[...]”. Limitação essa imposta ao Estado, para que não interfira na vida privada de maneira, diga-se, abusiva. Para Streck e Bolzan, “é a crise do liberalismo, por um lado, que vai gerar novas formas de exercício do poder e de políticas públicas”. (2003, p. 51). Caminha o liberalismo contra o absolutismo limitando o dito poderio monárquico ao qual eram submetidas todas as pessoas.

Conforme Fahd Medeiros Awad, “o Estado liberal caracteriza-se, sobretudo, pela separação entre Estado e economia e pela tentativa de reduzir a política à chamada “sociedade política”, isto é, por tentar despolitizar as relações econômicas e sociais”. (2005, p. 48).

No mesmo sentido, Streck e Bolzan:

[...] o liberalismo significou uma *limitação* da autoridade, bem como uma *divisão* da autoridade, sendo que o governo popular se formula a partir do sufrágio e da representação restritos a cidadãos prósperos, embora esta situação tenha se transformado já em fins do séc. XIX, quando a representação e o sufrágio se universalizaram (primeiro com o voto masculino independente de renda). Com isto há a consolidação das conquistas liberais, tais como: liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, etc. (2003, p. 51)

A dita restrição estatal, de certa forma, quer manter o Estado longe da vida privada, sem intervir nas relações pessoais, além de posteriormente criar o governo popular, ou seja, sistema de escolha de representantes do povo, traduzindo igualmente uma divisão da autoridade, eis que apenas cidadãos notórios poderiam participar para depois universalizar o sufrágio. A limitação “se apresenta como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos perante a eventual atuação do Estado impeditiva ou constrangedora em sua atuação cotidiana”. (AWAD, 2005, p. 49). Ainda nesse sentido, Awad conclui que, o “esteio sagrado do liberalismo foi, sem dúvida, o dogma da separação de poderes”. (2005, p.46).

Conseqüentemente com a abstenção estatal, começam a surgir diferentes problemas, onde o povo, contraditoriamente, suplica pela intervenção do Estado como solução para tais dificuldades. Por não ter essa atuação estatal é que, segundo Azambuja, “desgraçadamente, ele não poderia desempenhar com eficiência a tremenda tarefa que lhe impunham e entrou em crise”. (2005, p. 147).

Conforme o doutrinador Bonavides, acerca da decadência do Estado liberal, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso, entrou irremediavelmente em crise”. (1996, p. 188). Não foi ele capaz de sustentar tamanho crescimento econômico. (AWAD, 2005, p. 50).

Posteriormente, nota-se a figura do Estado intervencionista, o chamado Estado Social, caracterizando-se por ser “em parte, investidor econômico e, em parte, regulador da economia e dos conflitos, mas também Estado benfeitor, que procura conciliar crescimento econômico com legitimidade da ordem social”. (AWAD, 2005, p. 50).

Não seria uma concepção do estado intervencionista, vez que o mesmo existe desde sempre, no entanto, “o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia”.

(STRECK; BOLZAN, 2003, p. 67). O Estado social busca, antes de tudo, a igualdade de direitos entre os integrantes da sociedade, significa, segundo Awad, “intervencionismo, patronagem, paternalismo”. (2005, p. 52).

O Estado Social toma para si a função de garantidor, de distribuidor equânime das condições mínimas de existência digna para as pessoas de acordo com as suas necessidades básicas, além disso, age o poder público como agente regulador da economia. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 63)

Contemporaneamente, a noção de Estado Social reflete a partir do momento em que “se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social”, é nesse modelo de Estado que se há de reconhecer os direitos do proletariado, “desses direitos, os mais cobiçados seriam, no interesse da classe operária e do ponto de vista democrático, os direitos políticos, visto que permitiriam alcançar o poder e utilizar o Estado em seu proveito [...]”. (BONAVIDES, 1996, p. 185).

A idéia do Estado de bem-estar social, ou a questão social, regulamenta os fomentos da sociedade envolvendo, principalmente, temas relacionados ao trabalho, previdência, saneamento, saúde, educação, focando-se aí o papel central que ocupa o Estado como interventivo e promocional. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 70).

Essa forma interventiva funda-se na atuação positiva do Estado, que deve garantir condições mínimas de sobrevivência aos seus cidadãos, oferecendo, inclusive, políticas públicas atuantes em todas as áreas básicas necessárias para uma vida digna para as pessoas, Estado esse, que “garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 71). Característica importante aqui é atribuída ao Estado Contemporâneo, eis que deverá exercer sua função social.

“Ao Estado Contemporâneo é atribuída uma função social”. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 72). Nessa linha, é atribuído ao Estado a figura de “coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica”. (BONAVIDES, 1996, p. 187).

Momento posterior surge uma nova concepção de Estado, o Estado Democrático de Direito, para Giacomini:

Surge, então, um novo conceito como uma tentativa de aproximar, conjugar, unir o ideal democrático ao Estado de Direito com um conteúdo próprio, que contemple, de forma conjunta, as conquistas democráticas, a preocupação social, bem como as garantias jurídico-legais. Assim, o conteúdo da legalidade passa a perseguir a efetiva concretização da igualdade, não mais pela generalidade do comando normativo, mas, sobretudo, pela realização, por meio dela, de intervenções que objetivam a alteração da situação na comunidade. (2007, p. 16).

O núcleo principal do Estado Democrático de Direito é antes de tudo a questão da igualdade, igualdade essa que deve ser buscada pelo Estado, assegurando aos cidadãos garantias próprias inerentes a todo indivíduo e à comunidade as condições básicas de uma vida digna. (STRECK, BOLZAN, 2003, p. 97).

Direito e Estado estão intimamente relacionados, se completam, tanto que, segundo afirma Darcy Azambuja, “alguns pensadores consideram o Estado como um sistema de normas jurídicas”. Além disso, é através do direito que se realiza o bem público. Ainda no entender de Azambuja, “o Poder, ou o Estado, é uma força para realizar uma idéia, e essa idéia é o Direito, sistema de normas que asseguram o bem público”. (2005, p. 393).

Através do sistema de normas é possível assegurar os direitos de todos os indivíduos, preservando ainda, a possibilidade exercê-los por meio desse estado, bem como de fazer justiça. Pode-se dizer ainda, que é por meio de uma Constituição, “unidade formal do sistema legal”, que estampa todos as vontades, objetivos, desejos e, principalmente, “onde deve prevalecer o interesse da maioria”. (STRECK; BOLZAN, 2003, p. 94).

Por sua vez, Luis Roberto Barroso, traduz a ideia de Estado Social de Direito, no sentido de Constitucionalismo, que é a essência da limitação do poder e a obediência suprema à lei, já o Estado de Direito aproxima a noção de Democracia, que é o governo da maioria, onde se expressa no parágrafo 1^o, do artigo 1^o da Carta Magna. Gravita assim, o Estado Constitucional de Direito na dignidade da pessoa humana e nos Direitos Fundamentais e, no princípio democrático, onde a vontade do povo que se manifesta periodicamente quando elege seus representantes.

Importante lembrar que a concepção de Estado Democrático de Direito é codificada na Constituição Federal de 1988 através de seu artigo 1^o².

¹ Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

² Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...].

1.2 Direitos Fundamentais Sociais

Com a evolução do Estado, juntamente com a participação cada vez maior das pessoas na vida social, é que os indivíduos agregam para si direitos os quais são devidos por parte do Estado.

Adolfo Mamoru Nishiyama defende que a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, surgida com a Revolução Francesa em 1789, que a doutrina aponta a evolução dos direitos fundamentais de todos os homens em três fases. Com os objetivos estampados pela Revolução – liberdade, igualdade e fraternidade – é que correspondem exatamente a essas três gerações/dimensões de direitos. A Declaração francesa foi de extrema importância, sobressaindo-se com relação às demais constituições de outros países, exatamente pelo fato de possuir caráter universal, ultrapassando as fronteiras do próprio país, atribuindo validade para toda a humanidade. (2004, p. 7).

Direitos de primeira geração correspondem principalmente a liberdade do indivíduo, e a uma oposição do Estado, requerendo do Estado uma intervenção mínima na vida privada das pessoas. (NISHIYAMA, 2004, p. 13). Com a particularidade de abstenção, direitos negativos, “direitos de resistência ou oposição perante o Estado”. (SARLET, 2004, p. 54). Assim, deve o Estado intervir o menos possível nas relações individuais, abstendo-se de tomar frente à qualquer parte no tocante às liberdades dos indivíduos.

Ensina o doutrinador Gorzevski:

Marcada pelo ideal do jusnaturalismo, do racionalismo iluminista, do contratualismo e do liberalismo, surge, ao longo dos séculos XVIII e XIX, a primeira geração de direitos, que refletem o pensamento filosófico do séc. XVIII e baseiam-se no princípio da liberdade. São, num primeiro momento, entendidos como direitos inerentes a individualidade, atributos naturais do homem, portanto inalienáveis e imprescritíveis. Trata-se de uma oposição à ação do Estado que tem a obrigação de abster-se de atos que possam representar a violação de tais direitos, são, portanto, uma limitação ao poder público. Referem-se aos direitos e liberdades de caráter individual: direitos à vida, a uma nacionalidade, à liberdade de movimento, liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de opinião, o direito de asilo, à proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, à proibição da escravidão, ao direito de propriedade, à inviolabilidade de domicílio etc. (2005, p. 74).

Os direitos de liberdade surgem, primordialmente, pela proteção do indivíduo contra a atuação estatal. Como bem transcreve Dirley da Cunha Júnior, “negava-se ao Estado, portanto, qualquer ingestão nas relações individuais e sociais, ficando ele reduzido tão-somente a guardião das liberdades”. (2004, p. 201).

Posteriormente surgem os direitos os quais exigem uma atuação positiva por parte do Estado, é assim que se consagram os direitos de segunda geração, ou ainda, direitos sociais, econômicos e culturais, aparecem a partir do “fracasso do Estado liberal, que não logrou concretizar materialmente as conquistas formais e abstratas da liberdade e, sobretudo, da igualdade”. (CUNHA, 2004, p. 204).

Esses direitos requerem o Estado do Bem-estar Social e da Justiça Social, praticando o Estado uma forma de intervenção para igualar as diferenças sociais, fruto das transformações desiguais decorrentes dos problemas econômicos.

Fundamental é o princípio da isonomia nessa dimensão de direitos, pois aqui se requer a igualdade dos indivíduos, com uma conseqüente intervenção mínima estatal, são assim as “chamadas liberdades públicas no sentido positivo, para as quais cabe ao Estado comparecer para a prestação de certas tarefas.” (NISHIYAMA, 2004, p. 14).

Conforme Sarlet, “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc”. Pelo princípio da justiça social, clama-se pela igualdade de direitos entre as classes mais pobres e desfavorecidas da sociedade, decorrentes da extrema desigualdade derivada do poderio econômico. (2004, p. 56).

Além disso, os direitos de segunda geração são “direitos de caráter coletivo”. É como uma espécie de dívida por parte do Estado, e só podem ser alcançados por meio de sua interferência, e implicam uma importante disponibilidade de recursos por parte dele, pois que necessitam de auxílio financeiro para poder serem conquistados. Em síntese, nas palavras de Gorczewski, “os direitos de segunda geração se destinam a compensar as desigualdades sociais”. (2005, p. 76).

No Estado brasileiro, como bem lembra o professor Giacomini, “os direitos de segunda geração, no Brasil, estão inseridos na Carta de 1988 no seu artigo 6º”. (2007, p. 20).

Destaca-se, especialmente entre os direitos sociais lá esculpidos, o direito à saúde, que será tratado mais adiante, o qual deve ser garantido pelo Estado.

Como terceira forma de geração de direitos, surge os direitos de solidariedade e fraternidade, os quais extrapolam a figura do homem individualmente e abarcam direitos de “grupos humanos (família, povo, nação)”. Continuando na idéia de Sarlet, ressalta que os direitos de terceira geração são direitos de “implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”. (2004, p. 57).

Como bem elucida quais os direitos de terceira dimensão, assim resume o doutrinador Nishiyama:

Em síntese, os direitos fundamentais de terceira geração são: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (2004, p. 16).

Alguns doutrinadores ainda fazem menção a uma quarta e quinta geração de direitos, campo esse ainda divergente e que aqui não requer muita discussão, sintetizando, nas linhas de Gorczewski:

São aqueles direitos que se referem à biotecnologia, à bioética e a engenharia genética e que tratam das questões ético-jurídicas relativas ao início, o desenvolvimento, à conservação e o fim da vida humana. Dizem respeito à reprodução assistida, ao aborto, à eutanásia, às cirurgias intra-uterinas, aos transplantes de órgãos, à clonagem, à criação de células troncos e outros. (2005, p. 79).

De forma contrária, para Bonavides, “os direitos de quarta geração estão relacionados com a democracia, o direito à informática, o pluralismo, a efetivação dos direitos humanos, direitos que exigem uma democracia direta”. (1995, p. 79).

Como direitos de quinta geração são aqueles que envolvem o destaque tecnológico da sociedade, são direitos relacionados a chamada era digital, todos aqueles que envolvem rede de computadores, internet, etc. (GORCZEWSKI, 2005, p. 81). De maneira sintética e bem

definida, Giacomini explicita que a quarta e quinta geração de direitos, “estariam vinculados às relações globais e ao gênero humano em sua universalidade”. (2007, p. 21). Em que pesem certas divergências de doutrina para elencar certas gerações ou dimensões de direitos, importante a noção de que as gerações não se sobrepõem umas sobre as outras, mas acumulam-se, tais direitos englobam-se e integram-se aos indivíduos, não podendo estes renunciar a tais conquistas.

Contudo, conforme cita Giacomini, dentre as gerações de direitos existem algumas que “exigem mais do que outros uma atuação mais efetiva do Estado em matéria de políticas públicas”. (2007, p. 21). O estado tende a ser mais social, devendo atender às necessidades básicas da população através de uma atuação positiva.

Como bem demonstra Krell:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. (1996, p. 27).

Estão codificados na Constituição Federal de 1988 os Direitos sociais, especialmente nos artigos 6^o³, 193⁴ e ss, da Constituição Federal, são direitos que demonstram a vontade e dentre os objetivos do Estado Social de Direito, que refletem uma busca constante para uma melhor qualidade de vida, destacando-se entre eles o direito à saúde, educação, previdência social, etc. (NISHIYAMA, 2004, p. 19).

Em breves linhas, os direitos fundamentais sociais são direitos que devem ser fornecidos e exigidos do Estado através de sua intensa atuação, além disso, se deve um estudo para melhor compreender a sua forma de distribuição tal conforme as regras orçamentárias e o sistema de políticas públicas que o Estado adere, as quais posteriormente serão analisadas.

3 Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

1.3 Direito à Saúde

Por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, e em sua procura constante por justiça social e igualdade de direitos, assume assim o seu papel na sociedade, pois deve-o buscar uma melhor qualidade de vida a todos, e é claro, de saúde, especialmente. (SCHWARTZ, 2001, p. 50).

São direitos fundamentais sociais, dentro outros, todos aqueles elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se, especialmente, o direito à saúde, o qual “à semelhança dos demais direitos sociais, a saúde também é um direito fundamental no sistema constitucional brasileiro (artigos 6º e 196⁵ e ss da CF)”. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). Ou seja, a saúde enquadra-se não apenas como direito social, mas como direito fundamental social, tamanha sua importância.

Ressalta-se que são direitos essenciais a todos os indivíduos, além disso, por estarem esculpidos na Carta Magna merecem ampla proteção por parte do Estado, segundo Nishyama “os direitos fundamentais surgiram para a limitação e o controle dos atos arbitrários do poder estatal”. (2004, p. 17).

O direito à saúde encontra respaldo legal em vários textos, Luciana Carvalho cita alguns deles como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela resolução nº 217 da Assembléia Geral da ONU em 1948, da qual o Brasil assinou, enquadrando aqui no âmbito Global de proteção, o qual “determina em seu art. XXV⁶, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, além de cuidados médicos”. Ainda, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado e promulgado pelo Brasil, prevê em seu artigo 12⁷ que os Estados-partes

⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁶ Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, retirado em: 24.10.2010).

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. (http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, retirado em: 24.10.2010).

⁷ Artigo 12. §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de

reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. (2008, p. 119).

Ainda, a saúde encontra previsão constitucional nos artigos. 6º, 196 a 200 (seção II do Título VIII – Da Ordem Social), no qual a saúde é integrante do sistema da Seguridade Social, juntamente com a Previdência e a Assistência Social, onde estabelecem que a saúde é dever do Estado, além da Lei 8.080/90⁸ que regula as ações e serviços de promoção da saúde, dispondo sobre a responsabilidade estatal. (CARVALHO, 2008, p. 120).

Por serem direitos sociais do qual estão estampados na Carta Magna do país, devem especial atenção, pois que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, Sarlet esclarece que no âmbito do artigo 196 da Carta, enquadra-se tanto a saúde promocional, protetiva, curativa e preventiva, equiparando assim, a qualidade de vida, posteriormente explicita no art. 225⁹ do mesmo texto, ou seja, que todos tem o direito à sadia qualidade de vida, impondo-se aos Poderes Públicos a sua efetividade. (2001, p. 27).

Por outro lado, Saulo Lindorfer Pivetta, enquadra a saúde como busca por justiça e igualdade, como bem assinala:

Verifica-se, portanto, que os ideais de saúde, direcionam a questão à própria busca de justiça e de igualdade material na medida em que a proteção e promoção da saúde representam verdadeira condição para a concretização dos anseios constitucionais, sobretudo o de efetivação da dignidade da pessoa humana. (2010, p. 217).

desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.
2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (http://www.foncaij.org/dwnld/ac_apoio/legislacao/outros/pacto_internacional_2.pdf, retirado em: 24.10.2010).

⁸ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm, retirado em: 24.10.2010).

⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, não traduz a saúde apenas como condição de bem estar físico e mental, mas uma satisfação plena de igualdade entre as diferenças sociais e a busca por justiça social, pois que assim é que se efetivará a dignidade da pessoa humana, no qual gravita como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso, por ser a saúde dever fundamental, de cunho constitucional, além de ser dever do Estado para com os cidadãos, este se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. (2009, p. 20). Tamanha a importância que é devida à proteção dos direitos fundamentais sociais, que segundo o doutrinador Nishiyama, menciona que deve o próprio Estado, dentro do seu ordenamento jurídico, oferecer remédios de proteção à esses direitos fundamentais, tais como habeas corpus (art. 5º, LXVIII¹⁰), mandado de segurança (art. 5º, LXIX¹¹), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX¹²), mandado de injunção (art. 5º, LXXI¹³), habeas data (art. 5º, LXXII¹⁴), ação popular (art. 5º, LXXIII¹⁵). (2004, p. 18).

Por estar a saúde elencada dentro dos direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado Democrático de Direito, Adriana Fagundes Burger e Christine Balbinot, referem que, “o direito à saúde foi reconhecido pelo legislador constituinte como direito fundamental, atribuição dos três entes da Federação (União, Estados, e Municípios)”. (2008, p. 299). O Direito à saúde, antes de tudo é direito à vida, à dignidade da pessoa humana.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

¹¹ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

¹² LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

¹³ LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹⁴ LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

¹⁵ LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Nas lições de José Afonso da Silva, inclui a saúde como obrigação imposta a atuação estatal, tendo dever de satisfazê-la, caso não cumpra com o preceito constitucional, esse deve tratar-se de um desrespeito ao direito, a próprio norma. “Por isso, caracterizam-se como prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (imposições constitucionais)”. (2008, p. 151).

Como bem lembra Germano Schwartz, o direito à saúde é antes de tudo um direito social, o qual se encontra dentro dos direitos de segunda geração e, “que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde, pena de ineficácia de tal direito”. (2001, p. 53).

Mesmo que o direito à saúde não estivesse dentro dos direitos ofertados pela Constituição, seria ele um direito protegido, pois é um direito fundamental do homem refletindo a própria preservação da vida humana. Devendo ser oferecido tanto por meio de políticas públicas sociais e econômicas, como bem demonstra o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, é que necessariamente o Estado deva agir como interventor, impondo idéias e atuações para uma melhor prestação de alcance a todas as pessoas. (SCHWARTZ, 2001, p. 97).

Barroso qualifica que no artigo 196, a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (2009, p. 22). Deve o Estado através de metas, prioridades, estudos, estabelecer diretrizes para um atendimento mais eficaz da saúde.

Entende-se como um meio de vida, sem ela impossível viver-se, corresponde assim a uma melhor qualidade de vida, vez que essa é assegurada na Constituição no seu artigo 1^o¹⁶, onde se traduz o respeito à vida e à dignidade humana. Ainda para Schwartz, “ter saúde é o primeiro requisito de uma vida minimamente satisfatória”. (2001, p. 172).

Nota-se a incessante procura por uma melhor qualidade de vivência, digna de qualquer ser humano, pois que a sua preservação é consequência da tentativa da manutenção da própria vida, nas palavras de Schwartz, “ainda, num plano filosófico e religioso, o interesse pela saúde reflete uma valorização da vida, externada pelo medo da morte característico da humanidade”. (2001, p. 28).

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Direito fundamental e indisponível, assim como à vida – resguardando-se a saúde, preserva-se a vida – devendo ser este um dos primados do Estado Democrático de Direito, pois é confirmado nas palavras de Alexandre de Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos”. (2007, p. 76).

Por exigir do Estado prestações positivas, importante lembrar que nesse momento necessário se faz o implemento de certas condições, entre elas a necessidade de recursos e alocações financeiras para se alcançar tal objetivo.

Assim sendo, necessário se faz um estudo acerca dos recursos financeiros disponibilizados pelo Estado e sua efetividade diante da disponibilidade para cumprir com o seu dever fundamental de garantir à todos os cidadãos direitos dos quais lhe são inerentes e devidos pelo Estado e oferecidos pelo Poder Público.

2 O ORÇAMENTO E AS (IN) POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO ESTATAL

Por os Direitos Fundamentais Sociais demandarem recursos financeiros para sua efetivação é que necessitam de diretrizes para a alocação desses investimentos, e a forma utilizada para atuação do Estado na redistribuição das riquezas é através das políticas públicas, onde são feitas escolhas para a atuação do agente Administrativo.

Ainda, como trata-se de políticas que necessitam de disponibilidade significativa de recursos materiais, entre as objeções alegadas para a não efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais é a cláusula da reserva do possível.

Assim sendo, resulta o segundo capítulo no que tange ao orçamento, ao estudo da limitação desses, além da restrição aos Direitos em face da inexistência de recursos.

2.1 Orçamento

O Estado tem como objetivo o bem-estar social, devendo atuar de forma positiva para a concretização de certos direitos, ou atuar negativamente em alguns ramos, para a efetivação dos chamados direitos negativos.

Em especial para um melhor cumprimento dos direitos positivos, de forma que se possa atender à todas as pessoas de maneira igualitária, necessário um estudo planejado para a distribuição desses direitos.

É através do orçamento público que são elaborados os planos pormenorizados pelo Estado, segundo Harada Kiyoshi, ele serve “para planejar toda a vida econômica da Nação, constituindo-se em um importante instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia”. (2007, p. 88).

O orçamento estatal, segundo José Maurício Conti, integra a ciência das finanças públicas, pois essa, trata de todas as matérias relacionadas à atividade financeira do Estado, incluindo as formas de ingresso de recursos, despesas, créditos e, especialmente, orçamento. (1998, p. 70).

Reflete o orçamento como fruto da vontade da maioria dos indivíduos, pois através dele é que serão estabelecidas as metas a serem cumpridas pela Administração Públicas, bem como as prioridades a serem atendidas. Para Kiyoshi:

No Estado Moderno, não mais existe lugar para o orçamento público que não leve em conta os interesses da sociedade. Daí porque o orçamento sempre reflete um plano de ação governamental. Daí, também, seu caráter de instrumento representativo da vontade popular, o que justifica a crescente atuação legislativa no campo orçamentário. (2007, p. 88).

Assim, traduz o orçamento o plano financeiro para viger em determinado governo, com aprovação prévia das despesas e receitas, sendo reflexo da vontade popular, direcionando os recursos disponíveis do governo, ainda para Kiyoshi, “portanto, entre nós, o orçamento é uma lei anual, de efeito concreto, estimando as receitas e fixando as despesas, necessárias à execução de política governamental”. (2007, p. 90).

No entanto, ainda ressalta o autor, que infelizmente no Brasil o orçamento está longe de espelhar um plano de ação governamental, apesar de haver inúmeras regras e normas com o objetivo do seu fiel cumprimento vige a cultura do desprezo pelo orçamento. (KIYOSHI, 2007, p. 88). Dessa forma, o Estado descumpra toda uma lei que deveria viger para determinado período, fazendo com que a nação passe longe de atingir metas anteriormente definidas, traduzindo-se como um caráter ilusório os interesses da sociedade.

Ainda na doutrina de Kiyoshi o qual esclarece que o desvio nos gastos públicos costuma ocorrer por tais motivos:

a. superestimação de receitas

Se no passado a inflação galopante tornava incompatível com a realidade o princípio da fixação de despesas, dando margem a que o agente público gastasse no setor de sua preferência, hoje, com a estabilidade do poder aquisitivo da moeda, a partir do advento do Plano real, introduziu-se a prática da superestimação de receitas, de sorte a possibilitar gastar mais do que o tesouro comporta.

b. contingenciamento de despesas

Aparentemente, seu objetivo é a contenção de despesas mas, no fundo, não passa de um estratagema para gastar em outros setores que não os previstos no orçamento. É uma das formas de burlar a vontade popular no que diz respeito à autorização de despesas públicas.

c. anulação de valores empenhados

Já se tornou praxe a anulação de valores empenhados e não liquidados até o final do exercício. Esses valores são transformados em “restos a pagar” comprometendo o

orçamento do ano seguinte, que terá de sofrer “cortes” para acomodar despesas que deveriam ter sido pagas com as dotações do orçamento anterior.

d. instituição de fundo

Ultimamente, incorporou-se ao elenco de práticas deletérias para o esvaziamento da peça orçamentária a criação de fundo composto de partes do produto de arrecadação de impostos e contribuições, para atender objetivos genéricos, vagos e imprecisos. Exemplo disso é o Fundo Social de Emergência, instituído pela Emenda Revisional de nº 1/94 para vigorar nos exercícios de 1994 e 1995. Esse fundo foi prorrogado com nova denominação: Fundo de Estabilização Econômica. (2007, p. 88)

O Fundo de Estabilização Econômica, segundo Giacomini, a partir de 2000 passou a denominar-se de DRU – Desvinculação de Recursos da União. (2007, p. 100).

Dessa forma percebe-se que num país subdesenvolvido como o Brasil, em que grande parte da população ainda vive em extrema miséria, o desvio de gastos do orçamento, significa dizer que se diminuem ainda mais a probabilidade de efetivar os direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988, eis que os gastos destinados à uma área, muitas vezes são destinadas “a tapar furos” de outras áreas não prevista no orçamento ou que tiveram um déficit maior do que o planejado, ou segundo Giacomini, que o dinheiro orçado para uma área social venha a deduzir da sua destinação original. (2007, p. 101).

Conforme o artigo 165, III e §§ 5º, 6º e 8º¹⁷ da Carta Magna, constata-se que o orçamento possui caráter de “lei anual, de efeito concreto, estimando as receitas e fixando as despesas, necessárias à execução da política governamental (KIYOSHI, 2007, p. 90)”. Em que pese a lei orçamentária diferir das demais leis pelo fato de serem abstratas e genéricas, que pelo ponto de vista material retira-lhe o caráter de lei, do ponto de vista formal não há como negar-lhe a qualificação de lei. (KIYOSHI, 2007, p. 90).

¹⁷ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais.

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

O orçamento reflete a vontade da maioria, eis que o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais são de iniciativa do Executivo, ou seja, dos representantes eleitos pelo povo, os quais irão decidir o direcionamento das despesas públicas a serem atendidas. Logo, “ninguém pode governar sem orçamento”. (KIYOSHI, 2007, p. 91).

A finalidade precípua do orçamento, segundo o doutrinador Heilio Kohama, via de regra, é que o Governo possui responsabilidade para com o bem-estar da coletividade, devendo utilizar-se de métodos e técnicas específicas para atender à todos os setores e analisar a situação atual para identificar ações a serem atendidas com a finalidade de atingir uma situação desejada, atendendo de forma igualitária e generalizada à toda a população, elaborando planos de curta ou longa duração para melhorar a vida da população. (2003, p. 56).

Com efeito, necessário se faz um estudo planejado do orçamento tendo em vista que em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, os recursos financeiros em geral são escassos em relação às necessidades que devem ser atendidas à toda a população, fazendo com que um sistema de planejamento faça um melhor aproveitamento de escolhas prioritárias para um melhor emprego das rendas existentes, tendo em vista que os recursos financeiros do Estado são limitados. Nesse sentido é o que inclusive o artigo 1º, § 1º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000¹⁸, Lei da Responsabilidade Fiscal observa com relação a ação planejada do governo, que poderá ser obtido através da adoção do Sistema de Planejamento Integral, também conhecido como Processo de Planejamento-Orçamento, qual seja; a) Plano Plurianual; b) Lei de Diretrizes Orçamentárias e; c) Lei de Orçamentos Anuais. (KOHAMA, 2003, p. 57).

A Lei Complementar nº 101, cujo objetivo para Moacir Marques da Silva, Francisco Antônio de Amorim e Valmir Leôncio da Silva, é estabelecer normas para as finanças públicas, voltadas para a responsabilidade da gestão, tanto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de contemplarem ainda os três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunais de Contas, Ministério Público, Autarquias, entre outros. O objetivo é alcançar o equilíbrio das contas públicas adotando metas de resultado entre receitas

¹⁸ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm, acesso em 24.10.2010)

e despesas, além, é claro, dos limites à que devem ser obedecidos os gastos, geração de despesas, renúncias, etc. (2004, p. 17).

Uma das funções da ação planejada pelo governo é a de “prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. (AMORIN; MARQUES, 2004, p. 21).

Trata-se o orçamento de uma espécie de planejamento estrutural, onde deve conter a fixação de todas as despesas e fixação de receitas, onde se elaborarão os planos, ações, obras, serviços governamentais, conforme assinala José Afonso da Silva:

A Constituição institui um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um *sistema integrado de planejamento do orçamento-programa*, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes têm que compatibilizar-se com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ela executadas anualmente. (2004, p. 717).

Além disso, o orçamento qualifica-se de dois lados, um, que é reforçar o orçamento como espécie de instrumento de controle parlamentar e democrático sobre a atividade financeira do Executivo e dois, que é a orientação sobre a elaboração, destinação, alocação, execução dos recursos previstos no orçamento. (SILVA, 2004, p. 718).

Possui o orçamento dois aspectos, o político, que é o instrumento representativo da vontade e consentimento dos contribuintes, plano de ação do governo direcionando as despesas, por esse motivo é um ato essencialmente político e, segundo, o aspecto econômico, eis que é inegável o caráter econômico do orçamento, pois busca aprimorar os gastos de uma forma racional por parte do administrador, compatibilizando as necessidades comunitárias com a situação econômica do país, bem como, buscar alternativas de otimização para os escassos recursos financeiros, em síntese, o orçamento é “um instrumento de progresso de uma nação. Sua função é equilibrar a economia nacional”. (KIYOSHI, 2007, p. 94). Além da função, é claro, da redistribuição de renda, ou seja, promover justiça social, agindo de forma igualitária à toda a população.

O Plano Plurianual, segundo artigo 165, § 1º da Carta Magna¹⁹, além de ser um dos integrantes do Sistema de Planejamento Integrado, é um meio de planejamento público previsto na Constituição Federal, onde o objetivo é traçar metas para as despesas de capital de duração continuada. (AMORIM; MARQUES, 2004, P. 22). Essa duração continuada, para o autor Kohama, é num período determinado de quatro anos, onde se estabelecem em nível de governo federal, estadual ou municipal, além dessas metas serem instituídas por lei estabelecidas de forma regionalizada. (2003, p. 57).

Segundo Conti, o Plano Plurianual é resultante da vontade política do chefe do Poder Executivo, onde a lei de iniciativa é sua, contemplando a finalidade de estabelecer diretrizes, metas, objetivos da administração pública federal de forma regionalizada, para atender programas de duração continuada. (1998, p. 80).

Nos programas de duração continuada só são estabelecidas metas que resultem em serviços prestados à comunidade, por exemplo, em ações preventivas de saúde, saneamento básico, não entrando aqui gastos com manutenção administrativa. (AMORIM; MARQUES, 2004, p. 22).

A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, conforme dispõe o § 2º, do artigo 165 da Constituição Federal²⁰, é um projeto de lei também de iniciativa do chefe do Poder Executivo para gerar efeitos no exercício financeiro subsequente.

Segundo Kohama:

A lei de diretrizes orçamentárias tem a finalidade de nortear a elaboração dos orçamentos anuais, compreendidos aqui o *orçamento fiscal*, o *orçamento de investimento das empresas* e o *orçamento da seguridade social*, de forma a adequá-los às diretrizes, objetivos e metas da administração pública, estabelecidos no plano plurianual. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (2003, p. 59).

¹⁹ Art. 165, § 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

²⁰ Art. 165, § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Nº 101, de 4 de Maio de 2000) incumbiu à LDO a dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas, criando métodos de controle, de limites e avaliação de resultados, instituindo dessa forma o Anexo de Metas Fiscais e o Anexo de Riscos Fiscais. (AMORIM; MARQUES, 2004, p. 27).

Cabe ao Anexo de Metas Fiscais conter a avaliação do cumprimento das metas relativas ao exercício anterior, fazendo uma espécie de comparação com os três anos precedentes, além de conter a evolução do patrimônio líquido do Estado. (KOHAMA, 2003, p. 59).

Já com relação ao Anexo de Riscos Fiscais deve conter uma avaliação de passivos judiciais, ou seja, uma provisão para eventuais despesas que poderão aparecer ao longo do exercício financeiro, informando providências a serem tomadas caso se concretize o passivo. (AMORIM; MARQUES, 2004, p. 28).

A Lei Orçamentária anual – LOA, “é também um instrumento de planejamento público, por meio do qual são previstas as receitas e fixadas as despesas de acordo com as regras previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Plano Plurianual”. (AMORIM; MARQUES, 2004, p. 29). Atenta-se para o fato de que a LOA deve estar em consonância com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias para alcançar os objetivos traçados, além de compreender o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das empresas e o orçamento da seguridade social. (KOHAMA, 2003, p. 61).

Basicamente pode-se dizer que a lei dos orçamentos anuais é o caminho de materialização do conjunto de metas que foram planejadas para melhorar o atendimento ao bem-estar da população. (KOHAMA, 2003, p. 62).

Em síntese, para Conti, a Lei Orçamentária Anual é, inclusive, lei de iniciativa do Poder Executivo, “cuja finalidade é discriminar a receita e despesas de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo”, citando ainda, o artigo 2º²¹ da Lei 4.320/64, Lei que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (1998, p. 82).

No que se refere ao processo de encadeamento das três leis citadas, que se sucedem e se completam, a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a

²¹ Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm. Acesso em 24.10.2010)

Lei Orçamentária Anual (LOA), Fernando Borges Mânica, fundamenta estas como de importância extrema, pois o seu fundamento encontra respaldo no fato de que “a Constituição de 1988 tornou o orçamento público como importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político”, no mesmo, sentido, o orçamento público é um importante instrumento de administração pública, pois é ele quem auxilia o Estado a se programar e executar ações. (2007, p. 171).

A Constituição Federal possibilita a implantação de um *orçamento-programa*, ou melhor, um *sistema integrado de planejamento do orçamento-programa*, onde o orçamento fiscal, de investimento das empresas e o da seguridade social, constituem etapas de planejamento de desenvolvimento econômico e social onde estes devem compatibilizar-se com as diretrizes da administração Pública Federal para integrar o orçamento anual. Essa configuração *orçamento-programa possui* o objetivo de um planejamento estrutural entre a política fiscal e a política econômica, estabelecendo dessa forma um equilíbrio econômico geral do país, eis que a política fiscal é parte da política econômica. (SILVA, 2004, p. 717).

A referida integração é essencial visto que constitui a justaposição de planos, não admitindo interrupções.

Por conseguinte, José Silva resume a importância do orçamento:

[...] é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro. (2004, p. 718).

Assim, configura-se o orçamento como peça fundamental e complexa de um Estado, pois estima todas as suas despesas e receitas de forma que estipule metas e diretrizes a serem alcançadas, fazendo com que se busque alcançar o progresso da Nação, reduzindo as desigualdades sociais.

2.2 Políticas Públicas

As políticas públicas traduzem um conjunto de compromissos firmados por um governo para nortear a atuação dos agentes públicos, ou seja, materializa a vontade dos atores públicos, identificando os interesses e necessidades de cada grupo ao qual se destina. Com efeito, “resumem os compromissos governamentais na gestão dos interesses públicos. Tradicionalmente tratadas como questões adstritas à responsabilidade do Executivo”. (CARVALHO, 2008, P. 129).

Cabível ressaltar que a alocação das políticas públicas são fixadas pelo Poder Executivo com crédito também, ao Poder Legislativo.

Mânica relaciona o orçamento diretamente com a noção de políticas públicas, pois no Estado Social, é por meio delas que o Poder Público intervém positivamente na ordem social e econômica no Estado, basicamente “política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos”. (2007, p. 170).

É através das políticas públicas que serão dadas prioridades à Administração, além de conceber eficácia aos direitos, conforme Sílvia Waltrick Bernardi:

A efetividade desses direitos fundamentais, por outro lado, está intimamente relacionada às políticas públicas, uma vez que é por meio delas que o Estado cumpre ou deixa de cumprir com o seu dever de proporcionar condições materiais mínimas que possam garantir a dignidade aos cidadãos. (2007, p. 183).

São as políticas públicas que sustentam as vontades dos agentes para garantir uma vivência digna através de condições mínimas para os indivíduos. Traduz as políticas, portanto, a vontade primeira do Estado, para fomentar a área que mais necessita ou que possui mais interesse em incentivar.

Krell menciona as políticas sociais exigidas do Poder Públicos com relação aos direitos fundamentais sociais, são estes direitos que exigem dos Poderes Públicos prestações materiais, ou seja, direitos que são adquiridos através da atuação estatal. E é através das leis, dos atos administrativos e da criação real de serviços públicos que serão definidas e

executadas, as segundo o autor chama, de “políticas sociais”, referente à saúde, educação trabalho, etc. (2000, p. 27).

Segundo Schwartz, é o povo, o poder constituinte originário, quem vai decidir quais áreas serão mais bem atendidas, além de que os Poderes Públicos devem estar cientes de que foram incumbidos pela Constituição tão-somente para concretizarem os desejos daqueles. (2001, p. 158).

No mesmo sentido, Barroso entende que as políticas públicas estão intimamente relacionadas com o Estado Democrático de Direitos, pois esse traduz a vontade popular, onde através de escolhas feitas pelo povo é que se estabeleceram as diretrizes das políticas públicas, assim sendo:

O princípio democrático, por sua vez, se expressa na idéia de soberania popular: todo poder emana do povo, na dicção expressa do parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira. Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança, etc. (2009, p. 20).

Por conseguinte, a democracia corresponde a vontade da maioria de um Estado, como os representantes são eleitos pelo povo, conseqüentemente é o desejo do povo que escolhe as políticas públicas.

Segundo Schwartz, no que concerne ao direito à saúde, o próprio artigo 196 da Carta Magna incumbe ao Poder Público formular e programar políticas sociais e econômicas, para efetivar seu direito, logo, o referido artigo traduz uma definição de política pública no que tange à saúde, pois visa seu cuidado, defesa, proteção promoção. Ainda, segundo o autor, “as políticas públicas de saúde são, portanto, o instrumento primeiro para a realização do disposto no art. 196 da Lei Magna”. (2001, p. 157).

A Constituição Federal no seu artigo 197²² incumbe ao Poder Público a execução de ações e serviços na área da saúde, de modo que nenhum ente público pode eximir-se dessa obrigação, importante salientar, que fazem parte do Poder Público o Executivo, o Legislativo e, inclusive, o Poder Judiciário.

No que fundamenta a efetivação dos direitos fundamentais sociais através da destinação específica das políticas públicas definidas pelo orçamento, Mânica resume que, “no Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais.” (2007, p. 171).

Portanto, traduzem-se as políticas públicas como melhor meio para atender aos direitos fundamentais sociais, pois que é feito um estudo acerca das desigualdades e deficiências regionais, sendo assim, procura atender às áreas com maiores necessidades, buscando diminuir as desigualdades.

Em mesmas linhas, Felipe de Melo Fonte, destaca a importância das políticas públicas como instrumento da efetividade dos direitos, pois, “sabe-se que as políticas públicas compõem o meio *principal* de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional”. (2008, p. 97).

Ainda para Fonte,

Logo, as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal. Portanto, são as ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixam nesta definição. (2008, p. 100).

Com efeito, resumem-se as políticas públicas como prioridades da Administração, além da estreita ligação derivada das políticas públicas com as ações do Estado, eis que é por meio daquelas que procura o agente estatal definir prioridades para atender de forma igualitária toda a população, além de buscar diminuir as diferenças regionais. (FONTE, 2008, p. 100).

²² Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

2.3 Reserva do Possível

No que tange a não efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, seguidamente uma das objeções alegadas é a cláusula da reserva do possível.

Em especial, necessária a alocação significativa de recursos, muitas vezes, como é o caso de decisões judiciais em que se determina a entrega de medicamentos, ou internações compulsórias, por exemplo, pois demandam atuações positivas do Estado, sendo por isso, imperioso que haja disponibilidade financeira, Barroso aduz:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. São comuns, por exemplo, programas de atendimento integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. (2009, p. 34).

Os Direitos Sociais positivos necessitam da intervenção direta do Estado dentro da sociedade, pois “objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”. (SARLET, 2004, p. 278).

Assim sendo, se exige um fazer por parte do Estado, uma necessidade de proteção, especialmente no tocante aos direitos fundamentais sociais, contudo, por serem direitos que exigem meios e criação de bens materiais para sua concretização, é que necessitam de recursos financeiros para sua plena satisfação, ou seja, consomem recursos públicos, e por essa razão é que constantemente é invocada a cláusula da reserva do possível como uma espécie de limitação à efetividade de tais direitos.

No relato de Sarlet:

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade de seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de um “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. (2004, p. 282).

Por via de consequência, de nada adianta o indivíduo requer algo do Estado, sem que este não disponha de reais condições para suportar tal dispêndio econômico.

Conforme explicação de Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, dos direitos sociais demandam “custo”, possuem, portanto importante relevância no âmbito da sua eficácia, traduzindo assim, “que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica [...]”. (2008).

Dessa forma, são estes, direitos positivos, contrários dos direitos negativos (ou de defesa), como por exemplo, direitos a liberdades, intimidades, que não requerem uma demanda economicamente expressiva de recursos, que podem ser assegurados “independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta”. (SARLET, 2008, p. 8).

No entanto, pela necessidade dos direitos positivos requerem uma efetiva disponibilidade financeira do Estado é que encontramos a problemática de nem sempre esses recursos estarem disponíveis para cumprimento da efetivação dos direitos sociais, especialmente, ao direito à saúde, o Estado não possui ilimitada capacidade financeira. Além disso, “a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos”. (SARLET, 2008, p. 8).

Os recursos destinados à efetivação dos direitos são limitados e prendem-se a ideia da quantidade disponível de recursos para seu real cumprimento. No caso concreto, “o que se percebe, entretanto, é que o sistema público criado para a proteção do direito social à saúde é limitado”, dentre as restrições, encontra-se a insuficiência de recursos financeiros. (CARVALHO, 2008, p. 132).

O nascimento da teoria da “reserva do possível” teria seu berço nascedouro na Alemanha, por volta de 1970. Do nascimento dessa teoria aduz Sarlet:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (2008, p. 9).

Portanto, a cláusula da reserva do possível consiste na restrição orçamentária significativa e que, havendo provas de que o Estado não possui condições de arcar com algumas despesas poderia ele eximir-se de cumprir alguns deveres, o qual é considerado responsável pelo seu cumprimento.

Ana Carolina Lopes Olsen introduz que a reserva do possível não consiste tão-somente na restrição financeira por parte do Estado, mas necessária também a existência de uma condição de possibilidade de reconhecimento do direito, ou seja, a normatividade do direito, caso não haja a possibilidade de fazê-lo dentro de um sistema não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não gozaria de proteção jurídica. (2010, p. 188).

Saindo do âmbito das questões normativas, remete-se a reserva do possível ao plano da análise da escassez de recursos financeiros, nesse ângulo observa-se que a ideia baseia-se no fato de que cujas despesas não estariam previstas no orçamento, seria afirmar o impossível, dessa forma, exigir algo além dos recursos destinados à tal finalidade não há que se falar e obrigação estatal para com o indivíduo. (OLSEN, 2010, p. 189).

Apenas para fins de conhecimento, Ana Olsen separa a reserva do possível em dois campos distintos, o da lógica, que consiste na possibilidade de demandar aquilo que logicamente possível observar da realidade num dado momento, e a disponibilidade de recursos materiais, ou seja, relacionados à dimensão econômica e dentro do chamado “*fator custo*”, efetivados na medida dos recursos financeiros disponíveis, divididos dentro da lógica

da disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito, e a disponibilidade jurídica deste meio. Nesse sentido enfoca a autora, “os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática, quanto juridicamente. Não basta a existência dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor”. (2010, p. 205).

No que tange à escassez financeira, é de bom alvitre ressaltar que há dois aspectos distintos dentro da reserva do possível, quais sejam, “a total inexistência de recursos financeiros necessários à concretização da prestação material demandada, e a inexistência destes recursos porque os mesmos foram alocados pelos poderes públicos para finalidades distintas”. (OLSEN, 2010, p. 207).

José Joaquim Gomes Canotilho questiona quais seriam os argumentos utilizados para diminuição da efetividade dos direitos sociais, entre eles, primeiramente se argumenta o custo elevado dos direitos sociais, sobrecarregando os cofres públicos e é por esse motivo que “rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”.(2003, p. 481).

Inquestionável, portanto, a necessidade de capacidade financeira do Estado para custear os direitos sociais, por demandarem a existência de um agir do Estado é que, Giovanni Bigolin em seu artigo cita a teoria de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, consistente no fundamento de que “todos os direitos custam dinheiro, inclusive os direitos negativos, e nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. (2004, p. 3). Pressupõe-se assim, que pela necessidade de alocação de capacidade financeira, especialmente por parte do Estado, é que os direitos submetem-se à reserva do possível.

Elementar a conclusão de Bigolin no que concerne à prestação dos direitos positivos, pois “o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessário. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe”. (2008, p. 8).

Em síntese, na idéia de Olsen, consiste a reserva do possível na atuação externa dos direitos fundamentais sociais, de forma que muitas vezes pode reduzi-los ou até mesmo eliminá-los, enfraquecendo a obrigação assumida pelo Poder Público e deixando a desejar de seu conteúdo essencial. Ainda para a doutrinadora acima citada, “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos

recursos existentes”, questão essa não tão simples, pois condiciona a prestação dos serviços à existência de recursos financeiros suficientes e disponíveis em caixa. (2010, p. 212).

Entretanto, Cunha Júnior lamenta a criação e a aceitação da reserva do possível na doutrina brasileira como obstáculo ao reconhecimento dos direitos a prestações, pois imperioso é o esclarecimento de que a chamada reserva do possível teria sido desenvolvida na Alemanha, entre os chamados países centrais, onde há um padrão de vida ótimo de bem-estar social, totalmente diferente do Brasil, este chamado de periférico, onde a miséria é extrema e as pessoas são desprovidas até mesmo de comida. (2004, p. 308).

Além disso, defende o autor, que a Constituição Federal de 1988 é totalmente dirigente, ordenando ao Estado brasileiro a realização de políticas públicas, devendo cumprir metas para o atingimento do Estado Social na efetivação desses direitos, num estado carecedor das mais básicas condições de sobrevivência não pode os direitos prestacionais ficar condicionado à reserva do possível. (CUNHA, 2004, p. 309).

De outra banda, no tocante ao direito à saúde, esse traduz-se como também direito à vida e respeito à dignidade humana, e sendo a dignidade da pessoa humana o fim supremo de todo o direito consagra-se esse na Carta Constitucional, sendo um dos fundamentos da Constituição. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana tem assento no artigo 1º, III, da Carta Magna e é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil.

Num país como o Brasil, especialmente, em que há a falta de recursos para atendimento integral e de qualidade em todos os setores, ocorre a problemática de difíceis escolhas das políticas públicas, ou seja, muitas vezes um setor terá mais recursos disponíveis do que outros, essas restrições ocorrem também quando há necessidade da distribuição dos recursos de acordo com o planejamento orçamentário existente.

Evidentemente, também, que o indivíduo pode reclamar do Estado aquilo que razoavelmente dele pode exigir, devendo haver certas restrições, dentro de limites do razoável, “assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”. (SARLET, 2004, p. 282).

Com algumas reservas a efetiva aplicação dos direitos fundamentais, importante verificar até que limite possa ocorrer essas limitações, bem como analisar-se os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial aos indivíduos.

Importante observar, inclusive, a exigência de prestações onerosas do Estado sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade da pretensão, eis que sua violação pode gerar um desequilíbrio, inclusive no que afeta ao princípio da igualdade material e do Estado Social. (OLSEN, 2010, p. 222).

Conforme o anteriormente explicitado, para a efetivação de todos os direitos fundamentais, pois que necessitam de alocação significativa de recursos, é que escolhas precisam ser feitas para a eleição de quais bens serão prioritariamente protegidos, qual parcela da população será atendida, pois a reserva do possível vai de encontro ao que estabelece a Constituição Federal.

3 A (IN) EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AOS LIMITES FINANCEIROS

Para efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente os de cunho prestacional, como é o caso do direito à saúde, em que se espera uma atuação positiva estatal, é que muitas vezes depende-se de real disponibilidade financeira por parte do gestor público.

Imprescindível, ainda, até que ponto pode o Estado eximir-se de sua função de garantir o mínimo existencial aos cidadãos em face da falta de recursos financeiros Administrativos.

3.1 Aplicabilidade das Normas Constitucionais

As normas insculpidas na Constituição Federal, assim como em outras leis esparsas pelo ordenamento jurídico, foram criadas com o fundamento de reger as relações dos indivíduos dentro de uma sociedade, no entanto, para que ocorra a plena aplicabilidade das normas são necessárias algumas condições. (SILVA, 2008, p. 51).

Dentre os requisitos de aplicabilidade das normas, especialmente, as normas constitucionais, aquela que exalta o espírito real da norma é a eficácia, é ela que irradia os efeitos jurídicos, sendo ineficaz, inexistente aplicabilidade. Nas palavras de Silva, “não há norma constitucional destituída de eficácia”. (2008, p. 81). É no plano da eficácia que se reúnem todas as condições para produção de efeitos da lei.

A eficácia traduz-se em três dimensões, a jurídica, que é a possibilidade de produzir efeitos jurídicos e a possibilidade de ser aplicada de maneira mediata ou imediata; a social, que é aquela observada no plano fático e, por último; a eficácia valorativa, que é a adequação da norma com os princípios de justiça. (BILHALVA, 2005, p. 20). Dentro da doutrina da efetividade é no plano jurídico que se atribui à Constituição o dever de atender de forma direta e imediata os direitos chamados subjetivos, “tornando-se fonte de direitos e obrigações”. (BARROSO, 2009, p. 34).

Com relação à eficácia das normas constitucionais, segundo Silva, estas se dividem em plena, contida e limitada.

No tocante as normas de eficácia plena, prevalece o entendimento da aplicabilidade direta e imediata à maioria das normas constitucionais, inclusive àquelas de caráter sócio-ideológico, ou seja, as normas de princípios programáticos. (SILVA, 2008, p. 89).

Ainda, Silva delineando brevemente sobre o tema:

As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõe, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos. (2008, p. 102).

Em suma, entende-se que as normas de caráter pleno possuem aplicabilidade, ou seja, capacidade de produzir efeitos, desde a entrada em vigor da Constituição. Para Pedro Lenza, são aquelas que “estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional”. (2010, p. 177).

Já as normas de eficácia contida, assim como as normas de eficácia plena possuem elas condições de produzir todos os seus efeitos desde a sua vigência, no entanto, norma infraconstitucional poderá reduzir a sua abrangência. (LENZA, 2010, p. 179).

Configuram como limites às normas imperativas do poder público, para a “atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. (SILVA, 2008, p. 116). Portanto, as normas aqui enquadradas ficam dependentes dos limites que à elas se estabeleçam, poderão sofrer margem de restrição.

Em síntese:

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo). (SILVA, 2008, p. 116).

Tratando-se das normas constitucionais de eficácia limitada, aplicabilidade mediata e reduzida, ou ainda, de aplicabilidade diferida, caracterizam-se por serem normas que necessitam de uma lei integrativa infraconstitucional para produzir seus efeitos, não possuem a característica de aplicabilidade desde a sua vigência no mundo jurídico. (LENZA, 2010, p. 180).

Silva classifica as normas de eficácia limitada em dois tipos: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo – princípio institutivo, e, b) as normas de princípio programático. Ainda no raciocínio do autor, “a caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação”. (2008, p. 123).

Em síntese, as normas de princípio institutivo contêm caráter de esquemas gerais de estruturação e atribuições de instituições, órgãos ou entidades. (LENZA, 2010, p. 181).

De outra banda, as normas de princípio programático correspondem a esquemas genéricos, programas de ações a serem desenvolvidos posteriormente pelo Estado e pela atividade dos legisladores ordinários, o legislador apenas edita linhas diretoras a orientar os Poderes Públicos. A própria Constituição Federal de 1988 é exemplo destacado, conhecida por ser uma *constituição dirigente*, define ela programas de ação e fins a orientar o futuro social democrático do país. (SILVA, 2008, p. 137).

No mesmo sentido, para Lenza, as “normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos, veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais”. (2008, p. 181).

Nessa linha, as normas programáticas tendem a atribuir fins as atividades estatais conforme os ditames da justiça social operam como diretrizes a serem seguidas por todas as outras regras da constituição para que operem e funcionem em função dela. (SILVA, 2008, p. 141).

Observando-se no que concerne ao direito à saúde, Pedro Lenza enquadra o artigo 196 da Constituição Federal – direito à saúde, como norma programática. No entanto, Germano Schwartz entende que, como a saúde é direito fundamental do homem, torna a idéia de que a norma do artigo 196 da Carta é auto-aplicável e de eficácia imediata, ou seja, plena, e que isso

tornaria o direito à saúde como direito público subjetivo oponível contra o Estado, passível de reclamação pelo titular do direito via judicial e/ou administrativa. (2001, p. 56).

Segundo Schwartz:

Ora, os direitos sociais encontram-se elencados no Capítulo II do Título II da Constituição de 1988. E o título II da Carta Magna trata dos direitos e garantias fundamentais. Logo, se os direitos sociais estão insculpidos em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do homem e que possuem os mesmo atributos e garantias destes direitos. (2001, p. 62).

Portanto, entende-se que o direito à saúde possui o caráter de aplicabilidade imediata e eficácia plena, tornando por inafastável o controle judiciário. “Entretanto, o art. 5º, § 1º²³, da nossa Constituição – e disso não se pode afastar – possui caráter eminentemente principiológico”. (SCHWARTZ, 2001, p. 64).

Na lição de Silva, o artigo 196 da Carta não inclui o direito à saúde como norma programática, eis que aqui a norma disciplina o dever de um sujeito determinado, ou seja, o Estado, com efeito, por essa razão tem ele a obrigação de satisfazer aquele direito, em síntese, “se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma”. Entretanto, a Constituição Federal inclui entre os direitos fundamentais os do Título II, o que não lhes tira a característica de realização a depender também de atuação positiva estatal, o que depende, e muito, do estabelecimento de instituições, ou seja, de normas programáticas. (2008, p. 151).

Barroso aborda a questão acerca da doutrina da efetividade, na qual a idéia central, “é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.” (2009, p. 33).

Somente pelo fato de traduzir à saúde um direito inerente ao Homem, reflete esse como direito auto-aplicável, de forma plena.

Para Barroso:

²³ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, os sistemas constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e a restauração da ordem jurídica. Estes meios são *a ação e a jurisdição*: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos. (2009, p. 33).

A Carta Magna determina procedimentos para tutela dos direitos que ela mesma emana, caso não cumpridos, ao determinar que esses direitos carregam o caráter de aplicabilidade imediata e eficácia plena, não necessitariam de outros mecanismos nem mesmo outras legislações ordinárias para o seu efetivo cumprimento. Moraes cita dois modos passíveis de utilização para proteção dos direitos subjetivos, o mandado de injunção e a iniciativa popular. (2007, p. 23).

Já Bigolin, entende que os limites orçamentários, bem como a implicação financeira que os direitos sociais possuem, isso não significa “desqualificar os direitos sociais como fundamentais, nem lhes conferir caráter programático”, justificando que no Brasil, diante da redação do § 1 do art. 5 da Constituição todos os direitos fundamentais possuem a qualidade de aplicabilidade imediata, no entanto, “não podem ser aplicadas como tudo ou nada, conquanto presume-se sua plena eficácia, a qual também não é absoluta”. (2004, p. 9).

Nas mesmas linhas, Canotilho defende a ideia de presunção da aplicabilidade imediata das normas e garantias fundamentais, havendo recusa esta deve ser de maneira fundamentada, no entanto, esses direitos sociais não podem ser aplicados na dimensão tudo ou nada, devendo sempre ser observada norma fundamental no caso em análise, pois que nem a eficácia plena também não é absoluta. (2003, p. 424).

Assim, deve ser observada a maior eficácia possível dos direitos fundamentais sociais, eis que de cunho prestacional este sempre há de depender de recursos econômicos, no entanto, devem ser observados limites para a sua não-aplicabilidade, como por exemplo, o mínimo existencial. (BIGOLIN, 2004, p. 9).

3.2 Mínimo existencial e Dignidade da Pessoa Humana

O Estado Democrático de Direito possui como um de seus princípios norteadores o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento constitucional esse princípio consagra em especial a garantia de condições mínimas às pessoas para uma existência digna.

Consagra-se assim o chamado mínimo existencial ou mínimo vital, nas palavras de Barroso:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro da irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos. (2009, p. 34).

Assim como a reserva do possível, o mínimo existencial também teve sua inspiração na doutrina alemã, onde se afirma a noção de “condições materiais que asseguram uma vida com dignidade”. (SARLET, 2008). Ainda, Sarlet vincula os direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial, visto que aqueles asseguram a igualdade material para os indivíduos, bem como dizem respeito às necessidades existenciais básicas de toda pessoa. (2008).

Segundo Krell, a teoria do mínimo existencial, originária da Corte Constitucional Alemã, correlacionou esse “mínimo de existência” ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, do próprio direito à vida e a integridade física, “nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital””. (2000, p. 42).

O mínimo existencial corresponde primordialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, elemento esse fundamental da Carta Magna, devendo ter todo o apoio e

proteção do Estado e da sociedade, assegurando todos os direitos necessários a uma vida com qualidade, incluindo-se todos os direitos a prestações básicas.

À devida compreensão de Giacomini, “a teoria do mínimo existencial tem por escopo atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Estado em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos garantidores da sua existência digna. (2007, p. 25).

Garantir o mínimo vital assegura-se o próprio direito à vida, vez que sem esse cessam todos os outros direitos. Conforme Sarlet, encontra-se aqui o fundamento da preservação da própria vida humana, “não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”. (2004, p. 306).

Em defesa aos direitos básicos do ser humano, Schwartz lembra que, “não se pode falar em uma vida digna sem saúde. Ter saúde é o primeiro requisito de uma vida minimamente satisfatória”. (2001, p. 172). Pelo simples fato de ser a saúde um instrumento para efetivação da vida, já seria o suficiente para sua plena efetivação.

Consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos objetivos a ser atendido pelo Estado, segundo Judicael Sudário de Pinho, na busca especialmente pela “valorização da pessoa, do cidadão enquanto individualidade, do ser com capacidade própria de raciocínio”. (2005, p. 398).

Com efeito, para efetivação do direito à dignidade da pessoa humana e o oferecimento de um mínimo existencial à sobrevivência digna, são essas características de um Estado ativo, promovedor de políticas públicas para o seu devido cumprimento.

Conforme Pinho:

Em conclusão, pode-se afirmar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto devem ser oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, assim como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. (2005, p. 398).

Cumprido salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento intrínseco de toda pessoa, caracterizado como algo irrenunciável e inalienável, há, todavia, atentar para o fato de que a dignidade não deve ser considerada exclusivamente como algo

inerente à natureza humana, “na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementa e interage mutuamente”. (SARLET, 2004, p. 115).

Conquanto a dignidade da pessoa humana é também fruto das conquistas dos homens, decorrentes de suas lutas e revoluções na busca por igualdade de direitos dos cidadãos.

Para Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana. (2004, p. 118).

Nesse sentido, deve a dignidade da pessoa humana ser fruto de proteção e, especialmente, de respeito, tanto estatal como da própria comunidade. Importante ressaltar, que engloba inclusive, proteção sob o corpo e a integridade física dos indivíduos.

Na visão de Miguel Reale, a essência dos direitos humanos fundamentais é a própria subjetividade da pessoa humana, cujo valor é fonte para todos os demais valores e, por conseqüência, de toda a ordem jurídica. Define o autor que a formação do Estado é efeito da integração social e política da correlação necessária entre a soberania estatal e os cidadãos, titulares de direitos públicos subjetivos, direitos esses que lhes são inerentes “em razão da personalidade que lhes é conatural e própria”. Remonta ainda, que “os direitos públicos subjetivos, em suma, são necessariamente reconhecidos pelo Estado, não “conferidos” pelo Estado”. (1999, p. 111).

Já Olsen refere que na doutrina brasileira mais frequentemente o mínimo existencial tem sido referido como “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, repercutindo dessa forma no caráter dimensional de exigibilidade das prestações materiais nele previstas perante o Judiciário. (2010, p. 319).

Ricardo Lobo Torres defende que o mínimo existencial ou também chamado mínimo social, abrange qualquer espécie de direito, não possuindo caráter exclusivo, considerado

como essencial e inalienável, além disso, “ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social”. (2001, p. 266). No entanto, sustenta o autor nítida distinção entre os direitos sociais e o mínimo existencial.

Segundo Torres:

Os direitos sociais e econômicos estreman-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às pretensões positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social. (2001, p. 282).

Caracterizam-se por caráter de princípios de justiça, de normas programáticas, sujeitos ao orçamento público, ao plano contábil da justiça social, pendente de escolhas dramáticas por políticas públicas num universo de recursos financeiros escassos e limitados. Tais direitos encontram-se especialmente na doutrina alemã, sob a denominação de “*direitos fundamentais sociais*”, em decorrência de sua constitucionalização.

Funda-se na cláusula do Estado Social, mas consoante a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social e encontram-se sob a reserva do possível e constituem meras diretivas para o Estado, não se confundindo com os direitos da liberdade, nem com o mínimo existencial. (TORRES, 2001, p. 282). Defende Torres que esse mínimo garantido estaria ligado ao próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

Além disso, difere o doutrinador que a saúde preventiva, tratada como direito fundamental pelo artigo 196 da Constituição Federal, passou a ser confundida com a saúde curativa, prevista no artigo 6º, e definida como direito social. Pois o acesso universal e igualitário definido no artigo 196 da Carta Magna, ao emanar a idéia de gratuidade criaria expectativas inalcançáveis, já as prestações definidas no artigo 6º, vista pela teoria da justiça, depende de escolhas orçamentárias, ou seja, escassas de recursos financeiros, assim, ocorre certamente a exclusão de algumas pessoas. (2001, p. 287).

Ao realizar estudo sobre o mínimo existencial, Olsen esclarece que a concepção do que vem a ser o mínimo existencial e o que conseqüentemente vem a corresponder sobre as necessidades vitais de cada ser humano, é que ocorre ampliação ou uma relativa diminuição correspondente a estes mínimos. No entanto, em que pese as mais variadas definições a respeito do que vem a ser o mínimo é que assim ressalta a autora:

Todavia, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à idéia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial. (2010, p. 318).

Dessa forma, entende a autora ainda, que toda vez que um direito se encontrar pendente é que vai depender do caso concreto, específico àquela situação, que poderá o encarregado de determinar o que vem a ser ou não direito relativo ao mínimo vital de acordo com o que a Constituição primordialmente estabelece como direitos mínimos, fundamentais, sociais, etc. (2010, p. 319).

Com efeito, percebem-se as indefinidas variações relativas aquilo que vem ou não a ser caracterizado como mínimo existencial, no entanto, pode ele vir a ser considerada uma espécie de parâmetro para os direitos fundamentais sociais no que concerne a exigibilidade dos mesmos com base na dignidade da pessoa humana.

3.3 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

Diante da limitação imposta a certos princípios, especialmente, aos princípios constitucionais, necessário referir que, como bem aborda a questão, a Juíza Federal Susana Sbrogio’Galia, os direitos fundamentais só podem ter como limites as normas constitucionais, sendo que a restrição de direitos só pode ser fundada quando encontrar limites em outros direitos, os quais entram em colisão. (2007, p. 143).

Suzana de Toledo Barros, ao falar sobre o tema, assevera que o princípio da proporcionalidade acompanha a história da defesa dos direitos humanos, o seu embrião foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses do Estado, serve, portanto, como instrumento de controle do excesso de poder, limitação ao poder de polícia, além de coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos dos cidadãos. (2000, p. 35).

Para aferição do princípio da proporcionalidade, diante de um caso concreto, é a ponderação de direitos que determinará a sua aplicação. Perante as barreiras impostas, o que deve prevalecer é a faceta adequação versus necessidade, ainda, levar-se em conta a

“proibição de excesso e da vedação à tutela insuficiente do Estado”. (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 150).

Jacqueline Michels Bilhalva resume como princípio da proporcionalidade:

Seu conteúdo compreende três níveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Considerando que o fim colimado pela norma pode ser atingido por diversos meios, revelar-se-á *adequado* o meio apto a atingir o fim visado, sendo dotado de utilidade pertinente. Por sua vez, o meio adequado revelar-se-á *necessário* se envolver o estado oneroso, isto é, caso se mostre como ‘o mais suave’ dentre os diversos disponíveis, ou seja, menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos. E, enfim, revelar-se-á *proporcional em sentido estrito* caso se mostre como mais vantajoso, ou, noutros termos, “se sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”, já que “em nenhuma circunstância um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito”. (2005, p. 134).

Nesse sentido, é importante ressaltar que Pinho em entendimento análogo a respeito do referido princípio, esclarece que a sua aplicação tem sido na esfera administrativa, no entanto, vem sendo utilizada como importante princípio de interpretação para os constitucionalistas, a partir do momento em que as declarações de direito ganharam real efetividade, não meras declarações. (2005, p. 404). Assim:

O princípio da proporcionalidade é um elemento essencial de apoio e proteção dos direitos fundamentais, pois fornece critérios para as limitações a esses direitos. É composto, segundo a doutrina, por três subprincípios:

- a) adequação: deve-se identificar o meio adequado para se alcançar um fim de interesse público, o que envolve também o exame da adequação ou validade do fim;
- b) necessidade: o meio escolhido não haverá de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim almejado; deve-se escolher o meio menos nocivo aos interesses dos indivíduos;
- c) proporcionalidade *stricto sensu*: deve-se acolher o meio que, no caso específico, melhor atenda ao conjunto de interesses em jogo.

O princípio da proporcionalidade é uma verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os indivíduos contra abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais. (PINHO, 2005, p. 404).

Para soluções de conflito, importante salientar que sempre há de se ater ao princípio da proporcionalidade (ou princípio da proibição de excesso), onde necessariamente adota-se a

razoabilidade ou o princípio da ponderação de bens envolvidos a orientar o Julgador. (PINHO, 2005, p. 406).

No que concerne à razoabilidade, entende-se essa como uma idéia de adequação, equidade, aceitabilidade, carrega o significado daquilo que não é absurdo, mas dentro de um padrão de normalidade, aquilo que é admissível, ainda, a razoabilidade possui outros significados como, bom senso, prudência, moderação. (BARROS, 2000, p. 70).

O julgador diante de uma situação fática deve atentar-se a ponderação, mensurando-se um direito diante de outro, como bem lembra Barroso, “proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes”. (2009, p. 34). O Estado deve ponderar entre a ação e a omissão, nunca prejudicando para menos nem mesmo atuando em excesso, tem ele o dever de interferir, nunca pra mais ou pra menos, sempre dentro de uma determinada linha razoável para tanto.

É aqui que deve atentar à ponderação de bens, de sorte que se deve fazer escolhas por certas preferências e, diante de um caso concreto, determinar a importância maior de um direito com relação a outro.

O princípio da proporcionalidade, também, originário da doutrina alemã, corresponde ainda a proteção do núcleo essencial, buscando evitar o esvaziamento do conteúdo de direito fundamental diante de restrições desproporcionais empregando-se subprincípios a proporcionalidade, ou seja, proibição de excesso e insuficiência. (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 162).

A expressão proporcionalidade ou proibição de excesso utilizada pelos alemães designa o que os americanos denominam por razoabilidade. (BARROS, 2000. p. 72)

Em síntese, considera-se o princípio da proporcionalidade como aquele que “corresponde à justa medida jurídico-material e decorre da vinculação do Estado Democrático de Direito a um mínimo ético”. (SBROGIO’GALIA, 2007, p. 147).

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, para Lenza, significa como legitimidade para restrição de direitos, ou, de outra banda, método de equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, emana dessa maneira como julgamento claro de justiça, equidade, moderação, proibição de excesso, além de, enquanto princípio geral do direito serve como regra de interpretação no ordenamento jurídico, o que, inclusive o torna especial quando ocorre colisão entre valores constitucionais. (2010, p. 138).

Em que pese o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade não encontrarem-se de maneira explícita na Constituição Federal, estão intimamente relacionadas com o devido processo legal²⁴, além de constar na Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal²⁵. (LENZA, 2010, p. 138).

Do exposto, as atividades do Estado devem sempre estar vinculadas a limites, ponderando-se dentre dois ou mais extremos, evitando especialmente abusos por parte do administrador, além de adequar a finalidade precípua que a lei determina ao caso em concreto, segundo Barros:

A expressão princípio da *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a *proporcionalidade* em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a *proporcionalidade em sentido estrito* da *proporcionalidade* tomada em *sentido lato* e que designa o princípio constitucional. (2000, p. 73).

Ademais, por serem os direitos fundamentais sociais antes de tudo, emanção de valores sociais ou fins da sociedade, é que os poderes públicos têm a obrigação de intervir de forma a garanti-los na medida adequada, acondicionando-os ou restringi-los dentro de seus limites e interesses, não só particulares, mas levando em conta interesses de toda a comunidade. (SBROGIO' GALIA, 2007, p. 151).

Há dentro do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade a ideia de atentar-se ao núcleo essencial de cada direito, todo direito fundamental teria um núcleo passível de ser delimitado, considerando assim uma espécie de limite externo, representado por um círculo inserido em outro ainda maior, para Barros, “o núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito”. (2000, p. 100).

²⁴ Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>)

Seria, portanto, a ideia de um conteúdo indispensável, onde o limite se enquadraria naquilo que conceitualmente poderia destruir o direito em si, a essência baseada no conceito de boa-fé. O princípio do núcleo essencial, simplesmente traduz a ideia já destacada da proibição do excesso decorrente do princípio da proporcionalidade.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade determina o limite final de possibilidade de restrição de determinado direito fundamental, nesse sentido é que o referido princípio vai alcançar as denominadas colisões de bens, valores ou princípios.

3.4 *Microjustiça X macrojustiça*

Um dos parâmetros utilizados para criticar a atuação do Judiciário na concessão de direitos sociais fundamentais através de demandas judiciais, é a questão atinente ao fato de que o juiz ao decidir sobre a solução de um caso concreto, ele poderia praticar o que Barroso denomina de *microjustiça* (justiça do caso individual), pois ele fatalmente ignora outras necessidades devido ao fato que só está julgando um fato, negando dessa forma, a imposição de gerenciar recursos limitados, como é o caso dos direitos sociais, para atender demandas ilimitadas, função essa pertencente ao Executivo, o qual deve praticar a denominada *macrojustiça* (o que vai além da mera lide individual). (2009, p. 39).

Esse é um dos aspectos da problemática do Direito à Saúde, pois consiste no fato de que o Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata, portanto, o Julgador de praticar a *microjustiça*, ou seja, a concepção de que a verdade é o que está contido apenas no processo.

Nesse sentido, Bigolin:

O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas, tratando da *microjustiça*, da justiça do caso concreto e esta deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Conclui que ao Poder Judiciário cabe apenas o controle do discurso e das condutas adotadas por aqueles que ocupam a função executiva ou legislativa, não cabendo ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. (2004, p. 6).

Com efeito, a existência da *microjustiça* e da *macrojustiça*, dá-se pelo fato de que na esfera coletiva a definição de recursos é definida por prioridades em caráter geral, não individualizando direitos, de forma que se alocam recursos previamente por decisões políticas. Além disso, a própria Carta Constitucional estabelece percentuais mínimos de recursos a serem investidos em cada área, por exemplo, saúde, educação, além de vincular todas as receitas e despesas ao seu custeio. (BARROSO, 2009, p. 34).

Consiste, portanto, num problema de individualização de concessão de um direito - interesse individual, a qual afeta, conseqüentemente, o interesse social, ou seja, de beneficiar um número maior de indivíduos. As decisões nesta seara são indefinidas, de modo que o atendimento de algumas pessoas, necessariamente, implica o não atendimento de outras. A solução individualizada de um caso concreto, que deveria ser tratada de forma coletiva, como é o caso da alocação de recursos na área da saúde pelos órgãos competentes, acaba por realizar justiça apenas para aquele caso concreto (*microjustiça*), ou seja, resolve a situação individual, apenas daquele cidadão, desprezando a coletividade (*macrojustiça*) e as demais normas de alocação de recursos.

CONCLUSÃO

Considerando como sendo o Estado brasileiro um Estado Social e Democrático, promovedor e realizador dos direitos sociais, dependem esses da atuação positiva estatal para sua aplicabilidade.

A efetividade dos direitos de cunho prestacional dependem de vários fatores, especialmente, de ordem financeira, eis que demandam de recursos materiais em sua potencialidade. Nesse sentido, o Estado deve pautar pela igualdade, transformando a realidade em seu máximo para beneficiar à todos os cidadãos.

Para tanto, deve o agente público através do orçamento elaborar e definir previamente as metas a serem traçadas pelo Estado, pois que o orçamento nada mais é do que a vontade da maioria, quando o povo elege seus representante, conseqüentemente promove escolhas. Ainda, este é previamente definido, pois que fixa as receitas e define as despesas a serem realizadas. Nesse ponto, estreitamente correlacionado com o orçamento encontram-se as políticas públicas, pois essas definem em que áreas o Estado deve atuar para melhorar sempre em busca de transformar a realidade para buscar diminuir as diferenças sociais dentro de uma sociedade.

As políticas públicas se definem, em síntese, como atividade política, pois que tende a realizar objetivos já estabelecidos, intervindo o Estado para atender os compromissos assumidos previamente pela Administração.

Nesse sentido, por demandarem recursos financeiros para a promoção dos direitos prestacionais, dependentes de recursos materiais disponíveis, é que acabam por ir de encontro às limitações financeiras, pois que esses são escassos, especialmente em um país como o Brasil, onde há muitas desigualdades de classes sociais, onde muitas pessoas ainda vivem na linha de extrema miséria.

Portanto, por demandarem recursos, os direitos sociais esbarram na reserva do possível, a qual diante da real escassez material estaria o Estado impedido de proporcionar certos direitos. Subordinando-se os direitos sociais à teoria da reserva do possível, compete à Administração somente poder gastar aquilo que foi previamente definido no orçamento, o qual foi realizado pelo Executivo com participação do Legislativo.

No entanto, no que tange ao direito à saúde, notoriamente cabe salientar algumas considerações, pois que a saúde é diretamente relacionada com o direito à vida, sem esses cessam todos os outros direitos, além disso, incontestável a aplicabilidade imediata do direito à saúde, sendo, portanto, passível de tutela judiciária.

Impede ressaltar que por ser o direito à saúde um direito social estreitamente relacionado à vida humana, inquestionável a sua importância, imprescindível, portanto a atuação do Judiciário como promovedor das políticas públicas.

O Judiciário assume importante figura como aplicador dos direitos sociais muitas vezes não fornecidos pelo Executivo. Devendo atuar como protetor e promovedor dos direitos sempre que esses forem negados às pessoas e quando for, portanto, chamados à intervir. Assim sendo, incompreensível que possa se negar a importante atuação do Judiciário como promovedor das políticas públicas, em especial, o direito à saúde, pois que os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, se interagem e se relacionam harmonicamente, não devendo interferir na esfera um do outro, no entanto, é função do Judiciário proteger um direito sempre que esse for negado.

A realização do Estado Democrático de Direito, assim definido na Constituição Federal, é atribuição comum de todos os Poderes do Estado, portanto legítima a atuação Judicial.

Assim, deve-se buscar atribuir a máxima eficácia ao direito à saúde, no entanto, evidente que há de atentar para a proporcionalidade e a racionalidade do caso concreto, o indivíduo só deve pedir aquilo que evidentemente o Estado para ele pode prestar, dentro de um padrão de normalidade, pois que toda vez que é determinado ao Executivo que entregue um certo medicamento, por exemplo, a uma única pessoa, de valor extremamente alto e não comprovada sua eficácia curativa, deve atentar-se para o fato que está retirando outros medicamentos de outras tantas pessoas, encontrando-se em jogo o direito de uns *versus* o direito de outros.

Uma das críticas maiores ao Judiciário como promovedor de políticas públicas é no que tange a chamada *microjustiça* e *macrojustiça*, pois que o juiz atentaria apenas para a lide específica, não observando para a sociedade em geral, diferentemente das regras orçamentárias, que devem atender à toda a população de maneira igualitária buscando-se reduzir às desigualdades sociais.

De outra banda, se negar a intervenção do Judiciário seria como uma espécie de regressão do Estado, voltaria no tempo em que esse não tinha obrigação nenhuma para com as necessidades dos particulares. Atenta-se ainda, para o fato de que o Estado assumiu para si o compromisso de proteger as pessoas, buscando-se para que todos tenham uma vida minimamente satisfatória, portanto, adentra-se no chamado mínimo existencial, sendo esse, o marco demarcatório para a não efetividade dos direitos sociais, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. Não que se imponha ao Estado promover um padrão excelente de vida para cada pessoa, mas um padrão ao menos com as necessidades básicas satisfeitas, assegurando a dignidade de todos.

A definição do patamar mínimo apenas não deveria ser assegurado na real escassez total de recursos, no entanto, não havendo dinheiro, por exemplo, apenas para a área da saúde, deve-se retirar de outras áreas, não menos importantes, mas não diretamente relacionadas à questão de proteção da vida, por exemplo, transporte, patrimônio histórico, construção de estradas, etc.

Assim, a reserva do possível não pode ser considerada nem invocada como obstáculo à promoção dos direitos, mas há que se atentar para certa proporcionalidade entre o que se pode considerar como mínimo existencial e as limitações financeiras, devendo ser atribuição do próprio magistrado observar e aplicar ao caso em concreto, pois que o não atendimento estaria descomprometendo o Estado a efetivar os direitos sociais e estaríamos diante de um retrocesso das conquistas sociais.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. *Origem do Direito dos Povos*. 9. ed. São Paulo: Ícone, 2001.

AWAD, Fahd Medeiros. *Crise dos direitos fundamentais sociais em decorrência do neoliberalismo*. Passo Fundo: UPF, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Notadez, ano IX, abr./jun. 2009 – n° 34.

BERNARDI, Sílvia Waltrick. A dignidade humana e o direito fundamental à saúde. *Direitos humanos em evolução*. Org. Narciso Leandro Xavier Baex, Vicente Barreto. Joac]caba: Unoesc, 2007, p. 177-196.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15658/15222>. Acesso em: nov. 2009.

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jul. 2010.

_____. Lei Federal n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>, Acesso em: 24.10.2010).

_____. Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 24.10.2010.

_____. Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm>. Acesso em 24.10.2010.

_____. Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. <Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em 24.10.2010.

BURGER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. Direito à saúde, ações coletivas e individuais – Aspectos processuais. In: MARQUES, Cláudia Lima et. al. (Org.). *Saúde e Responsabilidade 2*. Biblioteca do consumidor. A nova assistência privada à saúde. Instituto brasileiro de Política e Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, 2008, p. 298-321.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direitos Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Notadez, ano VIII, jan./mar. 2008 – n.º 29.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de; CARVALHO, Leonardo Arquimimo. Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Notadez, ano VIII, out./dez. 2008 – n.º 32.

CONTI, José Maurício. *Direito Financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: ano 6, jan./mar.. 2008 – n° 20, p. 91-126.

GIACOMINI, Julio Cesar. *O Estado Democrático brasileiro: a tensão entre o projeto constitucional e as políticas econômicas*. 2007. Disponível em: http://bdtd.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=503. Acesso em: março 2010.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e tributário*. 16. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

KOHAMA, Heilio. *Contabilidade Pública: teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26. ed. atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte: ano V, jul./set. 2007 – n° 18, p. 169-186.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos: teoria geral, comentários aos arts. 1° a 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios Constitucionais*. Barueri: Manole, 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*. Assinada em São Francisco, Estados Unidos, em 1945. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>, acesso em: 24.10.2010.

PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de comunicação e direito à intimidade*. Atlas, 2005.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: ano 10, jul./set. 2010 – n° 41, p. 209-230.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: nov. 2009.

SBROGIO’GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Moacir Marques; AMORIM, Francisco Antônio *et al.* *Lei de Responsabilidade Fiscal para os municípios: uma abordagem prática*. São Paulo: Atlas, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *Teoria dos direitos fundamentais*. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.