

Retrospectiva da proteção ao direito da saúde pelo Supremo Tribunal Federal

Walber de Moura Agra

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Livre Docente pela USP (Universidade de São Paulo)
Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV.

Resumo

O direito à saúde deve ser considerado como uma prerrogativa essencial da cidadania, devendo ser concretizado em sua densidade suficiente pelos mecanismos de concretização constitucional. Todavia, com exceção desse núcleo substancial, os standards para a sua realização precisam ser delineados por mecanismos legais.

Palavras Chaves: Direito à saúde – concretização constitucional – densidade suficiente.

Abstract

The right to health must be considered as an essential citizenship prerogative and must be fully materialized by its constitutional enforcing mechanisms. However, other than this substantial core, the concretization standards have to be outlined by law.

Keywords: Right to health – enforcing constitutional rights – sufficient density.

Sumário

1 Força normativa da Constituição e sua Concretização. 2 Conceituação dos Direitos Sociais. 3 Conceituação do Direito à Saúde. 4 Concretização dos Direitos Sociais. 5 Densidade Suficiente. 6. Efetivação do Direito à Saúde.

1 Força normativa da Constituição e sua Concretização

Força normativa é a prerrogativa que ostentam as normas constitucionais de serem obedecidas e cumpridas pelos entes estatais e pela sociedade de forma geral. Teori-

camente, pela supremacia e suprallegalidade que elas gozam apresentam uma maior intensidade de coercibilidade, produzindo maior efeito do que as outras normas. Ela se configura como requisito inexorável para que a Constituição deixe de ser um texto semântico, destituído de qualquer eficácia, e passe a ser uma norma respeitada, dotada de coercitividade e limitando as opções do *lower lawmaking track*.¹

Segundo Konrad Hesse pelo fato da Lei Maior se constituir como a ordem fundamental jurídica da coletividade, ela estabelece os princípios diretivos que forjam a unidade política, regula os procedimentos de superação de conflitos no interior da sociedade e os procedimentos de formação da unidade política. Desses predicativos advém a força normativa da Constituição.² Como é a norma mais importante do ordenamento jurídico, regulamenta todo o núcleo do poder político estabelecido.

Concretização é a possibilidade que as normas constitucionais possuem de produzir efeitos na seara fática, realizando efeitos concretos na subsunção da norma ao fato. Ocorre quando seus dispositivos conseguem ultrapassar a barreira do dever ser e se entrelaçam para produzir os efeitos tencionados quando de sua elaboração. Significa densificação de sua normatividade, elidindo as possibilidades dessas normas serem classificadas como semânticas.³

Para Canotilho, concretização traduz-se por um processo de densificação de regras e princípios, no que implica um processo que percorre o texto da norma para uma norma concreta, já que apenas com a “descoberta” da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais ter-se-á o resultado final da concretização.⁴

A força normativa da *Lex Mater* e o seu inexorável procedimento de concretização são apanágios da supremacia constitucional, que faz com que os mandamentos constitucionais sejam considerados como as normas mais importantes do ordenamento jurídico. Várias são as assertivas lógicas que tentam explicar a teoria da supremacia constitucional como norma ápice do ponto de vista hierárquico do ordenamento jurídico, sintetizando a soberania estatal como fora propugnado por Hauriou.⁵ Frise-se, ancorados na lição de Gustavo Zagrebelsky, que os ordenamentos jurídicos pré-revolucionários não reconheciam essa proeminência aos textos constitucionais.⁶ Devido às dimensões do presente trabalho, preferiu-se reduzir essas correntes em três grandes grupos.

A primeira tem em Locke um de seus corifeus, com sua concepção de pacto social para assegurar a liberdade; e a idéia de um *higher law*,⁷ um direito proeminente, calado nas raízes do Direito Natural, capaz de prevalecer sobre as normas infraconsti-

¹ ACKERMAN, Bruce. *We the people. Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. P. 285-290.

² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. P. 37.

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion*. Barcelona: Ariel, 1964. P. 218-219.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed., Coimbra: Almedina, 2003. P. 1201.

⁵ HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. 12ª ed., Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916. P. 678.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. 2 ed., Bologna: Il Mulino, 1988. P. 14.

⁷ CHARLOT, Monica. *Le Pouvoir Politique en Grande-Bretagne*. Paris: Universitaires de France. 1990. P. 54.

tucionais, tornando-se o pressuposto de sua própria validade.⁸ A doutrina do *higher law* surge da preponderância exercida pelo direito consuetudinário no *commow law*. A idéia da Constituição como uma *higher law* remonta ao famoso *Bonham's Case*, em que o Lord Coke advogou a tese da supremacia da Lei Maior com base nos costumes sedimentados nos comportamentos sociais.

A segunda tem seu alicerce na Escola de Viena, dentro de sua concepção de ordenamento jurídico unitário, composta por um conjunto hierarquizado de leis, configurando-se como a norma de auto-referência, que dentro do formalismo jurídico desempenha o papel de fundar o sistema jurídico e legitimar as demais normas.⁹ Devido à Constituição ser a norma primária por excelência, referenciando as normas secundárias, Schmitt a denomina de “último princípio sistematizador da unidade política e do conjunto do ordenamento”.¹⁰

E o terceiro grupo que tem em Lassalle um de seus corifeus, pregando que o fenômeno jurídico está adstrito às variáveis sociológicas, sendo uma *ancilla* dessa seara. Quando as normas constitucionais não espalhassem os fatores reais de poder, transformar-se-iam em simplórias folhas de papel, destituídas de qualquer tipo de eficácia social.¹¹

A necessidade de densificação da força normativa da Lei Maior e a conseqüente premência de concretização de suas normas assinala a superação da idéia de um constitucionalismo clássico em que a função das normas constitucionais era apenas a de delinear a estruturação de repartição de poderes e outorgar direitos humanos de primeira dimensão.¹² Esse tipo de constitucionalismo se atinha a fornecer a moldura para a organização de poder, ficando ao legislador infraconstitucional a incumbência de determinar a confecção das políticas públicas sem nenhum tipo de imposição normativa.¹³ Sua função reduzia-se a formular os procedimentos básicos de funcionamento dos poderes estabelecidos, destituindo-se de qualquer conteúdo que deveria ser estabelecido para cumprimento dentro de um considerável lapso temporal. Inclusive Klaus Stern afirma que a concepção antiga de Constituição, que regulamentava apenas a estruturação dos poderes e estabelecia os direitos humanos, fora ultrapassada por um novo conceito que incluía elementos de caráter substancial.¹⁴

⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. P. 41.

⁹ Heras definia dessa forma a diferenciação: “Esta teoria gradual do direito oferece a base para distinguir as normas primárias ou fundamentais, das normas secundárias ou derivadas. As primeiras são aquelas que ocupam o lugar mais alto na pirâmide jurídica; as secundárias são as que ocupam os postos inferiores e derivam das primeiras sua validade e conteúdo. HERAS, Jorge Xifra. *Curso de Derecho Constitucional*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1957. P. 58.

¹⁰ SCHMITT, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed., Madrid: Alianza, 1992. p. 63.

¹¹ LASSALE, Ferdinand. *Qué es una Constitución*. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969. p. 21.

¹² A grande contribuição desse modelo constitucional foi o sepultamento definitivo do Estado despótico, personificado na figura do Rei absoluto. MCLLWAIN, Charles H. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bologna: Il Mulino, 1990. P. 44.

¹³ Para Ricardo Lobo Torres os direitos econômicos dependem integralmente da concessão do Legislador para sua concretização. TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária.” In: *Direitos Fundamentais. Orçamento e ‘Reserva do Possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 80.

¹⁴ STERN, Klaus. “Global Constitutionalism Movements and New Constitutions”. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. N. 2. jul/dez. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 344.

Contudo, esse tipo de constitucionalismo clássico¹⁵ não mais se adequa as problematizações complexas das sociedades hodiernas. As Constituições deixam de ser uma moldura que podem ser livremente preenchidas, segundo o alvedrio dos poderes constituídos, para incorporarem determinados conteúdos que passam a vincular os legisladores infraconstitucionais,¹⁶ ao menos de forma teórica, em moldes imperativos, mesmo que suas normas intervenham em atividades produtivas ou estabeleçam políticas de redistribuição de renda.

O que se propugna é a criação de uma Constituição efetiva, que possa se sedimentar como “pacto vivencial da sociedade”, incorporando-se no imaginário coletivo da sociedade. Uma Carta Magna que sirva de parâmetros em todas suas normas, envolvendo tanto a ordem econômica quanto a ordem social. Tem-se o cuidado de não se adotar tipologias que são conceitos indeterminados, como Constituição Dirigente, que fora até mesmo renegada por um de seus corifeus mais importantes.¹⁷ A Constituição que se vislumbra não é só a garantia do existente, mas também um programa para o futuro,¹⁸ atuando como vetor para a política, sem substituí-la, podendo cumprir todas as prerrogativas delineadas pelo Texto Maior.

Mas deve-se deixar claro que não há escopo de colonização da seara política por qualquer tipo de processo de judicialização que não seja de forma supletiva.¹⁹ Da mesma forma que se discorda da concepção absoluta da separação de poderes, não há nenhuma apologia a mitigação das atribuições do Poder Legislativo, que deve servir de “caixa de ressonância da sociedade” e que detém a prerrogativa de direcionar as políticas públicas.²⁰

Diante das demandas da sociedade brasileira, que ostenta um tecido social bastante esgarçado, faz-se urgente uma teórica constitucional que possa resgatar as promessas de uma modernidade que ainda não se realizou.²¹ Um texto que possa pautar as lutas da cidadania e esboçar o esquadro de uma sociedade que possa ser inclu-

¹⁵ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica*. Porto: Gráfica de Coimbra, 1990. P. 135.

¹⁶ GIOVANNELLI, Adriano. *Dottrina Pura e Teoria Della Costituzione in Kelsen*. 2 ed., Milano: Giuffrè, 1983. P.282-283.

¹⁷ Canotilho relativizou a importância da Constituição Dirigente ao admitir que as normas não podem ser voluntaristas nem pode relegar o pluralismo que é uma das características da pós-modernidade. “Na Constituição prevê-se um esquema de segurança social unificado. Acreditávamos nesse esquema, mas hoje há outros esquemas, privados, que alguns consideram mais rentáveis e mais eficientes, que podem conduzir aos mesmos objetivos de defesa de uma segurança social mais ou menos sólida. Por isso mesmo, pergunta-se: deveria ter-se cristalizado na Constituição essa política que se traduz apenas na existência de um serviço público de segurança social, limitando o legislador democrático? Ora bem. O problema que efetivamente se coloca é o de saber se deveremos cristalizar políticas na Constituição ou se deveremos ter abertura para as várias políticas possíveis. Hoje penso que o momento de maior tensão é este.” CANOTILHO, J. J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 19-20.

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)” In: *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. P. 169.

¹⁹ VIANNA, Luiz Werneck et Alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. P. 43.

²⁰ Ely afirma que o Poder Legislativo consome a maior parte de seu tempo em atividades outras que não a produção legislativa. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. P. 131.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 69.

dente e ao mesmo tempo factível, sem cair na tentação de reprodução de utopias ou desvalar para moralismos autoritários.

2 Conceituação dos Direitos Sociais

Direitos sociais é a espécie de direitos humanos que apresentam como requisito para sua concretização a exigência da intermediação dos entes estatais, quer na realização de uma prestação fática quer na realização de uma prestação jurídica.

Os direitos sociais em sentido amplo abrangem tanto uma concepção de cunho universal (saúde, moradia, previdência), como de cunho específico (dos portadores de deficiência, da criança e do adolescente); também podem incidir na seara de direitos culturais (ensino, ciência) ou na seara econômica (direitos pecuniários e ao trabalho). André Ramos Tavares agrupa os direitos sociais nas seguintes categorias: a) direitos sociais dos trabalhadores; b) direitos sociais da seguridade social; c) direitos sociais de natureza econômica; d) direitos sociais da cultura; e) direitos sociais de segurança.²²

Os direitos sociais são heterogêneos porque não podemos dizer que se situam em uma esfera exclusivamente jurídica ou fática. Para sedimentar sua conceituação, pode-se dizer que todos ostentam o mesmo fator teleológico, a reverberação do princípio da dignidade humana, pilastra insofismável para o desenvolvimento do multiculturalismo típico das sociedades pós-modernas²³.

De igual maneira se configura difícil a classificação dessas prerrogativas em direitos de defesa (negativos) ou direitos a prestação (positivos) em razão de possuírem uma taxionomia bastante diversificada, não existindo elementos que possam servir para classificá-los de maneira uniforme. Alguns são denominados de direitos de defesa, como a proibição de jornada superior a quarenta e quatro horas semanais ou a garantia a liberdade de cátedra; outros são denominados de direitos a prestações, como o direito a moradia ou o direito à educação.

Não obstante a classificação anteriormente exposta, a dicotomia entre direitos de defesa e prestacionais se encontra um pouco arrefecida, pois todos eles apresentam um custo, que varia de acordo com circunstâncias fáticas, precisando de regulamentação e demandando atividades efetivas para sua concretização.²⁴ Alguns direitos de defesa, como a proteção a propriedade, por exemplo, exige prestações bem mais intensas do que várias prerrogativas sociais. Se alguns direitos sociais se apresentam como de eficácia imediata, sem necessidade de interferência do legislador, outros direitos, para conseguirem efetividade, precisarão da atividade mediadora dos poderes estabelecidos.²⁵

Portanto, mesmo considerando as dificuldades de classificação dos direitos sociais

²² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 712.

²³ LYON, David. *Pós-Modernidade*. São Paulo: Paulus, 1998. P. 23.

²⁴ SUNSTEIN, Cass R. & HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999. P. 87.

²⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editores, 2006. P. 29.

em virtude de sua complexidade, grande parte da doutrina opta em enquadrá-los de acordo com sua prestação, em fáticos e jurídicos.²⁶

Os primeiros necessitam para sua concretização, da realização de determinadas tarefas ou serviços, com a alocação de recursos por parte da Administração Pública.²⁷ O escopo almejado pela Constituição apenas pode ser concretizado se houver atividade conjunta por parte do Poder Executivo, do Poder Legislativo e, no caso de omissão, do Poder Judiciário. Eles dispõem de um grau de determinação bastante variável. Todavia, mesmo dentre essa seara, existem normas com alto grau de precisão, equivalente às regras, como é o caso do direito à educação fundamental gratuita e à creche para os filhos e dependentes, até seis anos, dos trabalhadores.

Os segundos configuram-se quando o objeto da exigência se refere à edição de uma norma, seja de proteção, proibição ou organização. Proteção no sentido de que sua função é a tutela de determinado bem jurídico considerado imprescindível para a sociedade, como o resguardo da infância. Proibição para evitar determinadas práticas que são lesivas ou pouco desejáveis, como impedir trabalho penoso ou insalubre a menor de dezoito anos. Organização na intenção de disciplinar o funcionamento de certas instituições

No sentido jurídico, o escopo é proteger, regulamentar ou coibir determinadas condutas que possam afrontar a integridade física e psíquica dos cidadãos, agasalhando seu sentido positivo e negativo. Como exemplo, pode-se mencionar a obrigação das empresas de proteger seus funcionários de atividades insalubres ou impedir a instalação de indústrias que comprometam o meio ambiente. No sentido de prestações fáticas podem ser indicada a disponibilização de determinado tratamento específico aos pacientes ou a distribuição gratuita de remédios.

De forma bastante genérica, pode-se dizer que o fator teleológico dos direitos humanos é a proteção dos hipossuficientes estatais, a redistribuir dos ativos sociais para que a população possa ter uma vida condigna e fornecer as condições imprescindíveis para um Estado desenvolvimentista, em que o crescimento econômico seja conjugado com a justiça social.²⁸ Os destinatários dos direitos sociais são todos os cidadãos, principalmente aqueles mais carentes.²⁹ Genericamente são os hipossuficientes, podendo, entretanto, abranger algumas categorias específicas, como os jovens, idosos, portadores de necessidades especiais etc. Os estrangeiros também são

²⁶ “se trata de um conjunto de direitos que exigem a realização de autênticas prestações por parte do Estado. Surgem de forma isolada ao largo do século XIX, com o intento de realizar o princípio da igualdade”. CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, vol. 1. P. 446.

²⁷ “Sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra substrato material em um âmbito vital, mas depende essencialmente de atividades estatais.” ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. P. 487.

²⁸ Nesse sentido verificar: JÚNIOR, Dirley da Cunha. “A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível”. In: *Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais*. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007. P. 413.

²⁹ “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 1999. P. 289-290.

seus destinatários, desde que estejam em território nacional, de forma legal, enquadrando-se nas hipóteses descritas nos permissivos legais.

Em decorrência de sua importância para a sociedade, os direitos sociais não são passíveis de renúncia nem se demanda contraprestação para sua prestação. Eles personificam a principal ferramenta de que dispõe o Estado para a realização da justiça distributiva e consolidação de um mínimo existencial, em que os entes estatais auxiliam os cidadãos carentes de recursos mínimos para sua subsistência ou que possam cair na marginalidade social. Por essa razão não é possível o retrocesso das normas que os definem, a não ser em virtude da existência de motivos supervenientes e excepcionais.³⁰

Segundo Ingo Sarlet, os direitos sociais têm a função de assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas mediante a garantia de determinadas prestações por parte do Estado ou da sociedade.³¹ Considera-se que sua função seja a de propiciar um núcleo comum para a manutenção da estrutura social, em que os cidadãos, apesar de pertencerem a sociedades hipercomplexas, possuem prerrogativas que os fazem reconhecerem-se como membros igualitários de uma mesma organização política.

Essas prerrogativas não apresentam uma estrutura normativa diferente dos direitos individuais ou coletivos. Eles são considerados como normas jurídicas, apresentando a mesma coercibilidade. O problema é que os direitos sociais interferem na seara privada, especialmente na economia, com o escopo de dividir os ativos sociais e amparar a população mais carente. Em decorrência, essa atuação afronta vários interesses, mormente em um país periférico como o nosso em que o espaço público fora apropriado por uma elite que tem aversão a qualquer tipo de política redistributiva.

Concorda-se com José Carlos Vieira de Andrade quando ele planteia que os mandamentos relativos aos direitos sociais a prestações não detêm caráter meramente declaratório, constituindo-se em mandamentos coercitivos, que outorgam aos cidadãos posições jurídicas subjetivas e asseguram garantias institucionais, impondo ao Poder Legislativo a obrigação de agir para dar a essas prerrogativas cumprimento efetivo.³² Como ilação do exposto, os direitos sociais contidos na Constituição são mandamentos jurídicos iguais as demais normas, dotados de supremacia, coercitividade e passíveis de serem justiciáveis na esfera judicial.

3 Conceituação do Direito à Saúde

A Lei Maior de 1988 foi a primeira a agasalhar o direito à saúde como direito social, disciplinando-a em seu art. 6º e no art. 196 e seguintes. Além disso, a ordem social se

³⁰ “Não apenas a inconstitucionalidade por omissão é sanção de violação dos direitos sociais, podendo, nestes termos, haver inconstitucionalidade por ação neste âmbito, com as consequências normais destes casos a deverem daí ser extraídas. O critério para a construção mais durável de uma teorização neste âmbito continua a ser o da análise da jurisprudência, que tem tido uma posição de grande equilíbrio nestas como noutras matérias. Sem prejuízo de a doutrina dever continuar a exprimir a sua vária opinião, comentando, construindo e sugerindo”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Verbo, tomo II, 2000. P. 293-294.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Sociais” In: *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 132.

³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed., Coimbra: Almedina, 2001. P. 378.

apartou da ordem econômica, demonstrando sua autonomia e atestando que sua concretização não está subordinada de forma absoluta a conjunturas financeiras. Em razão de que os direitos humanos foram alçados ao patamar mais elevado da estrutura jurídica, a novel tutela constitucional encontrou uma sistemática propícia para sua evolução.

A saúde, por ser uma prerrogativa fundamental, é um direito de todos e dever do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), que deve possibilitar o seu acesso à população.³³ Caso os entes públicos se neguem a prestar esse atendimento fundamental à cidadania sem nenhum motivo plausível, possibilita a Constituição que o Poder Judiciário possa tutelar e garantir essa prerrogativa.

O dispositivo constitucional citado não enseja a interpretação de que há uma imposição apenas aos entes estatais, com ausência de obrigação para sua proteção em relações cidadão-cidadão, também chamadas de relação horizontal. O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal com relação ao *Drittwirkung* de direitos humanos é que eles vinculam as relações privadas devido a sua importância no ordenamento jurídico.³⁴ Existe obrigação para que todos os cidadãos respeitem as medidas protetivas ligadas à saúde, não podendo o axioma do *pacta sunt servanda* obnubilar essa obrigação. Pela complexidade do direito à saúde, sua concretização não pode ser relegada apenas a incumbência dos entes estatais. Ele assinala a exigência de interação entre as estruturas políticas e a sociedade e impõe a coletividade o respeito aos dispositivos que garantem essa prerrogativa.³⁵ De nada adiantaria as proteções legais se os particulares pudessem macular as políticas públicas nessa seara e não tivessem o incentivo de ampará-las.

O direito à saúde, garantido constitucionalmente, instiga o Estado ao cumprimento das demandas que possam propiciar aos cidadãos uma vida sem nenhum comprometimento que afete seu equilíbrio físico ou mental. Sua extensão de incidência é muito ampla, já que engloba todas as medidas que protegem a integridade da pessoa humana. Portanto, exige medidas de caráter preventivo, com o objetivo de impedir o surgimento de doenças, e medidas de caráter recuperativo, visando restabelecer o bem-estar da população.

Segundo Orlando Soares, o direito à saúde corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos, referentes aos cuidados para com as funções orgânicas e às medidas de ordem preventiva em relação às doenças. Significa o estado normal e o funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano.³⁶ Bertrand Mathieu afirma que o direito à saúde apenas pode ser concebido como a prerrogativa dos cidadãos receberem serviços que possam garantir sua integridade física e mental, ou seja, confi-

³³ “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RE(AgRg) – Min. Celso de Mello).

³⁴ STF, RE 201.819 / RJ.

³⁵ MORBIDELLI, G et Alli. *Diritto Costituzionale Italiano e Comparato*. 2 ed., Bologna: Monduzzi Editore, 1995. P. 360.

³⁶ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006. P.863

gura-se como um direito material que exige dos entes estatais prestações de natureza fática.³⁷ Segundo o professor francês, o direito à saúde não pode ser concretizado apenas com prestações jurídicas, necessitando que o Estado coloque à disposição serviços que possam garantir a saúde da população.³⁸

O direito ora retratado, ultrapassa a vinculação com o direito à vida, que se encontra imbuído de conotações valorativas, superando a reduzida perspectiva de constatação da produção de sinais vitais, para resguardar além da proteção a integridade física, a integridade psicológica, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade. Não basta somente evitar que a pessoa humana seja acometida de doenças, mas também de igual importância se reveste seu papel de assegurar que o cidadão possa desenvolver todas as suas capacidades, de acordo com os objetivos que busca perseguir em sua existência.

Essa prerrogativa se classifica como um direito de segunda dimensão, com forte conotação nas outras dimensões, pois evolui da concepção individualista restrita dos direitos de primeira dimensão para uma concepção plurisubjetiva, imprescindível para a concretização de todos os direitos humanos, em que a atuação dos entes estatais se mostra imprescindível para a sua implementação.

O fato de ser considerado um direito que ultrapassa o enquadramento rígido das dimensões, não lhe retira a prerrogativa de que qualquer tipo de inconstitucionalidade é passível de tutela jurisdicional. Augusto Barbera e Carlos Fusaro sustentam que ele é um direito subjetivo absoluto e perfeito, justiciável mesmo sem regulamentação legal, compreendendo não apenas os casos de doenças, mas também abrangendo condições de vida e de trabalho que podem colocar em risco a saúde da população.³⁹

Como o direito à saúde ostenta uma multifuncionalidade, ele é classificado como de defesa (negativo) ou à prestação (positivo) de forma concomitante, dependendo do caso típico específico para definir sua incidência (Atentar-se que ainda utiliza-se dessa classificação de direito de defesa e à prestação unicamente em razão de seu telos funcional, haja vista que essa classificação se mostra deficiente na extensão da complexidade da concretização dos direitos humanos). Em ambas as hipóteses há necessidade de dispêndio de recursos, têm natureza jurídica, são coercíveis e igualmente podem ser tutelados pelo Poder Judicial. Pelo fato de possuírem essas características, o direito a promoção da saúde abrange todas as políticas que visem melhorar a condição de vida dos cidadãos.

Não se postula a aceitação da teoria de que todo direito pressupõe a existência de um dever, haja vista que direitos humanos são assimétricos, notadamente os de custo material que não podem ser cobrados aos hipossuficientes sob pena de inviabili-

³⁷ MATHIEU, Bertrand. "La Protection du Droit à la Santé par le Juge Constitutionnel. À Propos et à Partir de La Décision de la Cour Constitutionnelle Italienne n. 185 du 20 mai 1998. Les Cahiers du Conseil Constitutionnel. N. 6. 1999. Disponível em : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/CCC6.pdf . Capturado em: 14/11/2008.

³⁸ GAY, Laurence. "Le Principe Constitutionnel de Protection de la Santé Peut-Il Être au Fondement d'une Liberté?" In : Renouveau du Droit Constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favore. Paris: Dalloz, 2007. P. 1580.

³⁹ BARBERA, Augusto & Carlos Fusaro. *Corso di Diritto Pubblico*. Bologna: Il Mulino, 2001. P. 158.

zá-los. Ao mesmo tempo em que é um direito dos cidadãos, ele é um dever do Estado, que tem a obrigação de efetivar essa tutela a sociedade.

O direito à saúde deve ser considerado como conteúdo basilar da Constituição, consoante sua fundamentalidade material e formal. Pela sua fundamentalidade material, definido como direito fundamental, seu conteúdo apresenta um nível valorativo mais incrustado na sociedade, funcionando como invariável axiológica que contribui para sua efetividade. A importância desse diapasão provém da relevância do bem jurídico tutelado, requisito imprescindível para o desenvolvimento econômico da sociedade e implantação do *Welfare State*. Devido sua fundamentalidade formal ele é considerado como mandamento constitucional, gozando das características da supremacia, imutabilidade relativa e suprallegalidade, dotando-o de maior status na escala normativa.

4 Concretização dos Direitos Sociais

Como dispositivo dotado de taxionomia constitucional, as normas peculiares ao direito à saúde são consideradas como jurídicas, produzindo os mesmos efeitos que as demais. Como na Constituição inexistem normas destituídas de valia normativa, não se pode admitir a afirmação que os direitos sociais são normas programáticas de eficácia reduzida.

A concepção de que o direito à saúde não apresenta natureza jurídica e, portanto, tem eficácia reduzida advém de uma concepção liberal de Constituição, em que há uma reserva na esfera de individualidade dos cidadãos que não pode ser maculado por qualquer tipo de intervenção estatal. Dentro dessa perspectiva o direito à saúde tem que se adequar ao *right of privacy*,⁴⁰ propiciando ao cidadão liberdade para tomar as atitudes que melhor lhe convenha, sem que sua vontade seja tolhida por interferências externas.

Diante das demandas pós-modernas, mormente depois da pandemia da COVID-19 não se pode admitir tal concepção. O *right of privacy* não pode prevalecer diante das premissas coletivas, principalmente diante da necessidade inexorável de vacinação em massa para enfrentar o avassalante número de mortes que ocorreu no Brasil. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vacinação seria obrigatória, podendo haver sanção para quem não se vacinasse. O que não se admitiu, nem se poderia em um Estado democrático de Direito é que ela fosse forçada, compelindo os cidadãos a se vacinarem.⁴¹

⁴⁰ GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 70. ed. St. Paul: West Group, 2000. P. 1.063.

⁴¹ AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. (ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

A não efetividade dos direitos fundamentais sociais não se deve a características inerentes a sua estrutura normativa, podendo ser imputada essa deficiência a uma ausência de vontade política em sua concretização, pois os principais beneficiados estão excluídos dos processos de decisão política. Inexiste intenção em sua concretização porque há outras finalidades prioritárias para alocação das receitas do Estado, mesmo que sua efetivação seja considerada como essencial para o desenvolvimento da sociedade.⁴²

Por sua efetividade ser complexa, a concretização dos direitos humanos sociais deve ser interligada a análises extrajurídicas, observando, diante das conjunturas fáticas, a extensão de sua implementação.⁴³ Com isso não se defende sua insegurança, variando ao sabor de uma caneta discricionária, até porque ele não pode ser aferido de forma voluntária, sem adequação com as condições sócio-político-econômicas. Os afãs mais voluntariosos, quando há uma ausência normativa, vão sendo aplainados à medida que as decisões sejam proferidas pelas instâncias superiores, mormente pelo Supremo Tribunal Federal que define seus contornos.

Mesmo padecendo de uma alta carga de abstração, os direitos sociais são aptos a produzir efeitos de forma imediata: a) são parâmetros para a interpretação, integração e aplicação das normas; b) produzem revogação das normas anteriores; c) vinculam o legislador a produzirem sua regulamentação; d) acionam o controle de constitucionalidade daquelas normas que infligem seu conteúdo, seja por ação ou omissão.⁴⁴

Como ostentam a taxionomia de normas jurídicas, sem critérios ontológicos que os diferenciem de outras, podem ser perfeitamente demandados ao Poder Judiciário, que tem obrigação de sua concretização. O fato de serem conceitos indeterminados não impede sua concretização, apenas demandam especificações que possa assegurar a realização de sua densidade suficiente. Seus destinatários podem acionar o Poder Judiciário para que essas prestações possam ser asseguradas, infligindo sanções penais, políticas e administrativas àqueles que não ensejarem o seu cumprimento.

E outro não poderia ser o posicionamento, pois os direitos sociais têm aplicabilidade imediata, no que fornece um argumento fulcral para a aplicabilidade desses direitos. Essa concretude imediata garante que a escusa de ausência de instrumento legal não possa ser oposta para deixar essas normas relegadas de eficácia. Na ausência de

⁴² “Porém, apesar de reconhecida a abertura e acuidade textual também das normas dos direitos de liberdade, a estes uma muito maior eficácia é de plano reconhecida. O amplo reconhecimento doutrinário de vacuidade e indeterminação textual dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos de liberdade permite conduzir à conclusão de que seu tratamento díspar quanto à sua aplicabilidade provém, antes, do fato de os direitos de liberdade já terem ultrapassado seu momento histórico de afirmação, sendo hoje plenamente consagrados no plano político, razão que sobrepuja mesmo a estrutura aberta de seus preceitos. Assim, é sua consagração política – e não jurídica – que lhe permite a dotação de um regime jurídico que consiste na sua plena eficácia imediata e que é tido pela doutrina tradicional como completamente distinto do regime jurídico dos direitos sociais” LINS, Liana Cirne. *Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Tutela Processual Coletiva das Omissões Administrativas*. Tese de doutorado apresentada na UFPE, em 27.03.2007, no qual obteve aprovação com distinção. P. 43.

⁴³ “Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super poder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal a sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a aplicação dos poderes do Estado.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 72.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. P. 130.

regulamentação podem ser utilizados os princípios gerais, explícitos e implícitos, a analogia e pode mesmo o Judiciário, de forma suplementar, suprimir essa lacuna.

Aqueles que defendem que o direito à saúde não é factível de ser justiciável sustentam seu ponto de vista defendendo que sua eficácia concreta depende de decisão política, através de formulação de dispositivo infraconstitucional, pois se não fosse assim o Poder Judiciário estaria exercendo prerrogativas de *judicial maker*.⁴⁵ Argumentam que os direitos sociais apenas podem ser justiciáveis quando forem devidamente regulamentados porque antes disso se trata apenas de uma proclamação normativa, carente de eficácia concreta.⁴⁶

Igualmente, com a finalidade de renegar eficácia a concretização desses direitos, sustentam que sua aplicabilidade apenas pode ser exequível se houver disponibilidade orçamentária. Condicionam sua realização a teoria da reserva do possível, a qual elegeria a disponibilidade financeira e orçamentária como requisito intransponível a efetivação do direito à saúde.

Planteia-se que os direitos sociais têm eficácia como as demais normas constitucionais, podendo em caso de descumprimento, ser o poder público obrigado a sua concretização. A reserva do possível se torna um argumento relevante apenas quando se refere à prestação que exceder a densidade suficiente específica ao direito à saúde. Contudo, não se advoga que o direito à saúde seja absoluto, podendo, através de tutela judicial ser outorgado ao cidadão a possibilidade de realizar qualquer tratamento, mesmo aqueles ainda não homologados pela Agência Nacional de Saúde (ANS). Planteia-se que o legislador estabelece um rol de procedimentos que seja a todos, universalmente, assegurados, que de forma alguma pode ser interpretado de forma restritiva.⁴⁷

5 Densidade Suficiente

Densidade suficiente consiste na determinação de um conteúdo específico para o

⁴⁵ BRENNAN JR., William J. "A Personal Remembrance". In: *The Warren Court. A Retrospective*. New York: Oxford, 1996. P. 10.

⁴⁶ Para Ricardo Lobo Torres os direitos sociais apenas podem existir sob a tutela do princípio da reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, isto é, através da reserva da lei instituidora de políticas públicas. "A pretensão do cidadão é a política pública e não à adjudicação individual dos bens públicos. TORRES, Ricardo Lobo. "O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária." In: *Direitos Fundamentais. Orçamento e 'Reserva do Possível'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 81.

⁴⁷ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDNA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDNA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. (EREsp n. 1.886.929/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 3/8/2022.)

cumprimento das prestações referentes ao direito à saúde. Com sua indicação se vislumbra expungir dificuldades em sua concretude, evitando tutelas jurisdicionais desiguais, que não contribuem para sua densificação.

Esse conceito não pode ser *a priori* determinado para a totalidade dos direitos humanos de forma definitiva. É imperioso não esquecer que as elocubrações teóricas nem sempre guardam pertinência com os eventos reais. O caso concreto, na realidade, é que fornece os elementos para a identificação do conteúdo da densidade suficiente, o que facilita a conclusão de que a teórica dessa construção necessita cimentar a simetria com os fatores sócio-político-econômicos da sociedade. Diante da diversidade social do mundo contemporâneo se configura muito difícil o estabelecimento de um conceito de densidade suficiente que seja destituído de marcos geográficos e marcos temporais. Pressupõe-se que os direitos humanos são produtos culturais e como tais estão adstritos aos fatores fáticos.⁴⁸ À medida que os fatos sociais se modificam também há modificação na indicação da densidade suficiente.

Prefere-se aqui a utilização da terminologia densidade suficiente a de mínimo existencial ou núcleo essencial porque a proteção jurisdicional não está adstrita ao resguardo de um conteúdo mínimo ou a elementos essenciais à sobrevivência do cidadão, ultrapassando esse conceito para atingir elementos extramateriais, de conotação sociocultural e psicológica. Louis Favoreu defende que o conteúdo essencial dos direitos humanos constitui-se como um limite, tanto aos legisladores como aos operadores jurídicos, sob pena de desnaturar esses direitos.⁴⁹ Ele não está incorporado de forma explícita na Constituição, deflui de princípios constitucionais como a isonomia, a dignidade da pessoa humana, a cláusula do Estado Democrático Social de Direito etc.⁵⁰ Seu objetivo é densificar os direitos humanos, assegurando uma proteção jurídica efetiva para a sua consolidação normativa.

Um direito humano é composto de duas partes: seu núcleo duro e sua zona periférica. O núcleo duro ou densidade suficiente se configura como um limite que deve ser respeitado pelos Poderes Instituídos, uma vez especificado sua abrangência, de maneira alguma seu conteúdo pode ser desrespeitado por legislação ordinária ou por decisões judiciais, proibindo-se seu esvaziamento ou que ele se transforme em uma exceção. Esse núcleo duro é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independente de conjecturas fáticas. A outra parte que o compõe é a zona periférica, que será concretizada consonante a conjuntura fática, havendo liberdade para sua conformação de acordo com a vontade do legislador.

A densidade suficiente refere-se ao núcleo duro que integralmente não pode ser desprezado pelos órgãos estatais.⁵¹ A zona periférica refere-se à extensão que os di-

⁴⁸ PEGORARO, Lucio. “Metodología y Modelos Para Una Investigación Sobre Derechos Fundamentales (Com Especial Referencia a las Transiciones Constitucionales). In: Ponencias Desarrolladas Del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Peru: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2008. P.8.

⁴⁹ FAVOREU, Louis. *Droit Constitutionnel*. 8 ed., Paris : Dalloz, 2005. P. 791.

⁵⁰ “O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais”. LOBO TORRES, Ricardo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.” In. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 177, Jul/set, 1989. P. 32

reitos humanos devem paulatinamente evoluir, atendendo às diretrizes estipuladas por parâmetros legais, sempre em sintonia com a realidade fática, desde que não implique um cerceamento da essência do dispositivo constitucional.⁵²

A definição do conteúdo essencial dos direitos sociais não pode estar adstrita ao princípio da reserva do possível, que advoga que os direitos humanos têm uma concretização de acordo com variáveis orçamentárias porque se estaria restringindo a efetividade das normas constitucionais, cerceando sua concretização. A reserva do possível atua na determinação da extensão dos direitos humanos, isto é, na indicação de sua parte flexível, que deve sofrer evolução consonante as escolhas políticas da sociedade.⁵³ A densidade suficiente representa a consolidação de um conteúdo determinado pelo Poder Constituinte e assim não pode ter sua incidência cerceada.

Pertinente a proteção do direito à saúde se sustenta que a densidade suficiente seja determinada por dispositivo normativo que fixe parâmetro genérico para atendimento dos cidadãos, impedindo a destituição de eficácia desses mandamentos.

6 Reserva do Possível

É pacífico que todos os direitos humanos, mesmo os metassubjetivos apresentam uma valoração material. Todavia, também é de conhecimento geral que alguns direitos sociais apresentam um custo elevado, mesmo com a consciência que sua efetivação se configura como requisito insuprimível para o desenvolvimento e o estabelecimento de um Estado Social, mas que não consegue se realizar no Brasil em todas suas dimensões.⁵⁴

Segundo Andreas Krell, a teoria da reserva do possível fora uma criação da doutrina alemã, sendo posteriormente agasalhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que atrelou a construção de determinados direitos humanos de conotação material à condição do Estado dispor dos respectivos recursos, sustentando que “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”.⁵⁵ Ensina Jorge Reis Novais que o surgimento dessa garantia está estreitamente ligado à história constitucional de *Weimar*, onde às normas constitucionais de direitos fundamentais se atribuía um caráter meramente programático, não lhes reconhecendo qualquer nível de efetividade.⁵⁶ Cristina Queiroz entende que o conceito de reserva do possível poderá apresentar-se como uma exigência “racional”, que deflui da na-

⁵¹ O Tribunal Constitucional Federal alemão foi o pioneiro na concepção da Constituição como uma “ordem de valores”, ou um “sistema de valores”. Para assegurar concretude normativa aos direitos fundamentais, ele defende a realização de um mínimo existencial, principalmente daqueles que necessitam da intervenção do Estado para a sua realização. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P.422.

⁵² VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 83.

⁵³ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002. P. 52-54.

⁵⁴ MERRIEN, François-Xavier et Alli. *L'État Social. Une Perspective Internationale*. Paris: Armand Colin, 2005. P. 95.

⁵⁵ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)Caminhos de um Direito Constitucional 'Comparado'*. Porto Alegre: Sérgio Fabris: 2002. P. 52.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. P. 779.

tureza das coisas através de elementos lógicos e sistemáticos dos dispositivos jurídicos.⁵⁷

Segundo Ingo Sarlet a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos humanos, primordialmente dos sociais; b) a indisponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesse diapasão, também de sua razoabilidade, no que evita a prática de excessos ou da realização de coisas impossíveis.⁵⁸

Mesmo não tendo assento constitucional e podendo ser destituída de valia em decorrência do princípio da proporcionalidade, a teoria da reserva do possível se mostra propícia quando for usada para racionalizar os recursos públicos, impedindo que sejam direcionados de forma temerária. Mostrar-se-á despicienda e danosa quando for utilizada para estiolar a concretização de direitos humanos.

Concorda-se que a previsão de qualquer direito apresenta um custo e esse fator deve ser analisado e levado a sério. Também não há oposição na conceituação pragmática de direitos humanos, desde que as prerrogativas constitucionais sejam respeitadas.⁵⁹ O que não se pode admitir é a utilização de conceitos retóricos para elidir uma verdade insofismável que é o desrespeito histórico no Brasil pelas prerrogativas. Pretende-se deixar cristalino que muitas vezes se utiliza de termos teoricamente neutrais e científicos para tentar-se encobrir escolhas políticas que excluem a ampla maioria da população ao recebimento dos ativos sociais que ela ajudou a produzir.⁶⁰

Considerando que os direitos sociais, como todos os demais, apresentam um custo, a teoria da reserva do possível se torna imperiosa quando ela é utilizada para a indicação dos recursos disponíveis, da infra-estrutura organizacional disponível e da capacidade técnica e operacional disponibilizadas. Concebendo-a com essa finalidade, ela se apresenta como um instrumental de grande utilidade para a concretização dos direitos sociais.

Indubitavelmente, há um limite fático para o atendimento das demandas inerentes à saúde, que indiscutivelmente é a capacidade financeira dos entes estatais. Não obstante, a reserva do possível não pode servir como instrumento retórico para obs-

⁵⁷ QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 26.

⁵⁸ SARLET, Ingo & FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações”. In: *Direitos Fundamentais. Orçamento e ‘Reserva do Possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 30.

⁵⁹ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 339.

⁶⁰ “Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao *welfare state* previsto no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e sua consecução. A Constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. P. 104.

tacular a concretização desse direito fundamental.

6. Efetivação do Direito à Saúde

Como já fora falado antes, o direito a saúde dispõe de aplicação imediata, consonante o art. 5º, § 1º da Constituição Federal. Alguns chegam a proclamá-lo como norma-princípio, funcionando como mandado de otimização que os órgãos estatais devem reconhecer para imprimirem maior eficácia e efetividade possível a essas prerrogativas.⁶¹ Consonante as peculiaridades tópicas, cada dispositivo dessa seara deve ser implementado a despeito da existência de regulamentação legislativa, obrigando-se os poderes estabelecidos a zelarem para que essa eficácia alcance sua densidade suficiente.

O principal problema que se reverbera é o de encontrar a definição precisa do que seja direito à saúde, estabelecendo-se um conteúdo para que os entes públicos sejam impelidos a efetivação dessas prerrogativas. Sem a determinação de parâmetros materiais pré-fixados, por intermédio de planejamento, a implementação de uma política abrangente mostra-se pouco exequível, podendo mesmo apresentar uma contradição tormentosa: ou deixam-se os mandamentos constitucionais referentes à saúde sem efetividade, no que se relega sua força normativa, reduzindo-se o papel da Lei Maior como vetor de desenvolvimento social; ou continua-se a permitir que o Poder Judiciário, sem nenhum critério definido e de forma discricionária, estabeleça a extensão da prestação jurisdicional, o que não ajuda na obtenção de uma tutela jurídica isonômica.

O problema de se deixar a tutela do direito à saúde sem nenhum tipo de regulamentação é que ela aprofunda o desequilíbrio social, deixando sem amparo aqueles que não têm condições de buscar proteção jurisdicional – ressalte-se ainda a alta probabilidade de decisões contraditórias, no que contribui para o descrédito ao Poder Judiciário. Ao mesmo tempo em que se garante proteção jurídica a doenças que exigem tratamentos extremamente complexos, pacientes que demandam cuidados relativamente simples são relegados da tutela jurídica de suas prerrogativas.

Não existe dúvida que a definição do que sejam as prestações inerentes à saúde é obrigação insofismável do Poder Legislativo, pela própria outorga que se configurou na gênese de sua criação como poder independente e autônomo. Todavia, em virtude de sua omissão em realizar atividades constitucionalmente a ele deferidas, podem outros poderes estabelecer *standards* mínimos de atuação para que os mandamentos constitucionais tenham operacionalidade. O axioma da separação de poderes não pode servir de subterfúgio para que dispositivos constitucionais resem sem concretude, prevalecendo à materialidade constitucional que assume posição invulgar diante de um *checks and balances* que não é mais funcionalista, prevalecendo seu caráter nitidamente teleológico.⁶²

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988.” In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Direito do Estado.com.br. Capturado em 16/11/2008. P. 9.

⁶² AGRA, Walber de Moura. Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 192.

Ana Paula Barcellos cogita dois critérios para a definição do mínimo existencial em saúde: a) o primeiro utilitarista, que diz respeito à relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela pode gerar para o maior número de pessoas; b) o segundo conceitual, abrangendo todas as medidas que as pessoas mais necessitam ou que algum dia necessitarão, como atendimento no parto, saneamento básico, tratamento de hipertensão e diabetes.⁶³ Infelizmente, essas duas diretrizes são terminologias conceituais bastante abertas, permitindo grande margem de discricionariedade que pode produzir tratamento diferenciado para uns e ausência de tutela jurisdicional da densidade suficiente para a maioria dos cidadãos.

Sinalização importante para a solução da problemática enfocada da determinação do substrato da densidade suficiente são as doenças cujo tratamento exige-se dos planos de saúde, conforme dispõe a Lei n. 9.656/98, que regulamenta os atendimentos que as empresas privadas de saúde devem prestar. Semelhante a essa solução se encontra a opção de se exigir tratamento para as doenças elencadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Preferem-se essas duas últimas soluções porque haveria uma determinação precisa de quais seriam os serviços que os entes públicos obrigatoriamente deveriam prestar a seus cidadãos, retirando-se da seara do Poder Judiciário a prerrogativa de determinar, de forma discricionária e várias vezes de forma pouco razoável, os casos de atendimento compulsório para a concretização do direito à saúde.

O sujeito ativo que pode demandar o direito à saúde é qualquer cidadão, independente de sua condição social, econômica ou *status civitatis*,⁶⁴ em razão de que essa prerrogativa, como direito subjetivo público, é inerente a todos pela sua condição humana. Corrobora-se que as políticas públicas, não obstante buscar finalidade distributiva, não devem discriminar cidadãos que estejam em idêntica situação. Claro que a estrutura do serviço público de saúde precisa ser direcionada preferencialmente aos hipossuficientes sociais, mas não se pode negar tratamento, principalmente os de urgência, àqueles que estão necessitando de forma imediata. Saliente-se, todavia, que indistintamente, os demandantes devem se submeter aos procedimentos inerentes ao atendimento, sem que haja qualquer tipo de privilégio ou regalia.

A obrigação de prover os tratamentos propícios a manutenção da incolumidade física e psíquica dos cidadãos abrange, de forma inexorável, os planos de saúde, independentemente de sua classificação ou cláusulas contratuais, pois precisam atender a seus clientes de forma eficiente e com qualidade.⁶⁵ Inclusive, permite-se aos entes públicos intentarem ações regressivas para serem ressarcidos por essas empresas privadas pelos serviços prestados aos usuários de planos privados de saúde.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, P. 280 e ss.

⁶⁴ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. P. 146

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. “Solidariedade na Doença e na Morte: Sobre a Necessidade de ‘Ações Afirmativas’ em Contratos de Planos de Saúde e de Planos Funerários Frente ao Consumidor Idoso.” In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 195.

O sujeito passivo que pode ser demandado para o cumprimento da obrigação ora discutida, indubitavelmente, até mesmo por mandamento constitucional, é a União, os Estados e os Municípios, no que se caracteriza como uma competência comum. Entretanto, na determinação dessa competência, por imperativo da reserva do possível e do princípio da proporcionalidade deve-se atentar para qual o tipo de tratamento é o mais indicado para o caso específico porque, dependendo do município, pode estar além de suas disponibilidades financeiras. O mais indicado é que figurem no pólo passivo a União e os Estados-membros para doenças de alta complexidade ou procedimentos cirúrgicos mais delicados, deixando-se para os Municípios a indicação de parte quando o serviço pleiteado referir-se a doenças de menor complexidade.

Em razão das peculiaridades que cercam a implementação do direito à saúde, no que avulta seu relevante custo financeiro, o atendimento das doenças determinadas no elenco da densidade suficiente não pode ocorrer de forma instantânea. Um determinado governante não pode ser responsabilizado pelo descaso praticado pelos anteriores nem há possibilidade de direcionar todas as políticas públicas em andamento para atender a essas demandas de forma imediata. A melhor forma de cumprimento desse mandamento constitucional é propiciar um razoável lapso temporal para que todas essas necessidades possam ser atendidas, sem que outras premências da população resem o devido atendimento.

Ainda com o objetivo de evitar gastos abusivos por parte dos entes públicos, planteia-se que, na medida do possível, evite-se a utilização de tratamento médico experimental, em que existam dúvidas sobre a eficácia dos procedimentos adotados, impedindo-se a tutela jurisdicional de remédios ou tratamentos ainda em fase de teste. A questão não é nutrir uma aversão irracional contra a inovação dos procedimentos inerentes à saúde, mas em decorrência de que os recursos públicos são escassos, necessitando as políticas públicas serem entabuladas da forma mais eficiente possível, sem qualquer tipo de excesso. O que, de forma alguma, impede investimentos do Ministério da Ciência e Tecnologia e do Ministério da Saúde em prol de pesquisas para o melhoramento dos procedimentos médicos.

Em caso de não atendimento, seja pelo descumprimento de dispositivo legal determinando a densidade suficiente de concretização ao direito à saúde, seja pelo descumprimento de ordem judicial em decorrência da omissão legal, fica a autoridade pública responsável passível de receber sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis de modo exemplar, para que novos acintes não voltem a ser cometidos.

7. Conclusão

Pablo Lucas Verdú defende que o sentimento constitucional se configura na convicção emocional, intimamente relacionada à vivência de um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento positivo vigente.⁶⁶ Se a população de forma geral não nutrir um nível apreciável de sentimento a Lex Excelsa, a eficá-

⁶⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional. Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional Como Modo de Integração Política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.69.

cia normativa de seus mandamentos ficará comprometida.

A concretização dos dispositivos concernentes à saúde, pela importância que elas representam para a sociedade, torna-se um instrumento para aumentar o sentimento constitucional e conseqüentemente sua eficácia normativa. Destarte, cria-se um ciclo benéfico, em que a densificação da Lei Maior propicia a implementação das normas sociais relacionadas à saúde e, por sua vez, sua concretização auxilia no incremento do sentimento constitucional e contribui para o aumento de sua eficácia normativa.

A questão não se resume apenas a densificação ou não das normas constitucionais, está em jogo o próprio *status* da Constituição que perderia sua supremacia se os dispositivos normativos de natureza social, notadamente as normas relacionadas à saúde, não tivessem eficácia. Seu próprio sentido de alicerce da sociedade estaria em perigo. Com a ausência de parâmetros normativos que efetivem um estado social mínimo, abre-se a senda para a implantação de regimes autoritários ou se mantém um regime democrático de natureza nominal, que encobre a barbárie de vida cotidiana brasileira, em que há mais homicídios do que em vários países envolvidos em guerra civil.

Indubitavelmente que nesses quase trinta e cinco anos de vigência da Constituição Cidadã se conseguiu muitos avanços na seara dos direitos humanos, principalmente quanto aos direitos sociais. Sabe-se que o percurso que ainda resta é longo, deveras acidentado. Entretanto, o dado mais alvissareiro é que pela primeira vez na história brasileira um Texto Constitucional deixa de ser uma estrutura semântica e passa a ser parâmetro para a transformação da sociedade em uma organização social mais justa.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *We the people. Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. P. 285-290.

AGRA, Walber de Moura. *Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 192.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. P. 487.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P.422.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2 ed, Coimbra: Almedina, 2001. P. 378.

BARBERA, Augusto; FUSARO, Carlos. *Corso di Diritto Pubblico*. Bologna: Il Mulino, 2001. P. 158.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, P. 280 e ss.

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada)” In: *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. P. 169.

- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 72.
- BRENNAN JR., William J. "A Personal Remembrance". In: *The Warren Court. A Retrospective*. New York: Oxford, 1996. P. 10.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. P. 130.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. In: *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 19-20.
- CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1201.
- CHARLOT, Monica. **Le Pouvoir Politique en Grande-Bretagne**. Paris: Universitaires de France. 1990. P. 54.
- CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, vol. 1. P. 446.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da Constituição**. Lisboa: Editora Verbo, tomo II, 2000. P. 293-294.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. P. 131.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999. P. 41.
- FAVOREU, Louis. **Droit Constitutionnel**. 8 ed. Paris: Dalloz, 2005. P. 791.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo. **Mito e constitucionalismo: perspectiva conceitual e histórica**. Porto: Gráfica de Coimbra, 1990. P. 135.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 339.
- GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. 70. ed. St. Paul: West Group, 2000. P. 1.063.
- GAY, Laurence. "Le Principe Constitutionnel de Protection de la Santé Peut-Il Être au Fondement d'une Liberté? In : **Renouveau du Droit Constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favore**. Paris: Dalloz, 2007. P. 1580.
- GIOVANNELLI, Adriano. **Dottrina Pura e Teoria Della Costituzione in Kelsen**. 2 ed., Milano: Giuffrè, 1983. P.282-283.
- HAURIOU, Maurice. **Principes de Droit Public**. 12. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916. P. 678.
- HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional**. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1957. P. 58.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. P. 37.

- JÚNIOR, Dirley da Cunha. “A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível”. In: **Leituras Complementares de Constitucional. Direitos Fundamentais**. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007. P. 413.
- KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)Caminhos de um Direito Constitucional ‘Comparado’. Porto Alegre: Sérgio Fabris: 2002. P. 52-54.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de hannah arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. P. 146.
- LASSALE, Ferdinand. **Qué es una Constitución**. Buenos Aires: Siglo veinte uno, 1969. p. 21.
- LINS, Liana Cirne. **Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela processual coletiva das omissões administrativas**. Tese de doutorado apresentada na UFPE, em 27.03.2007, no qual obteve aprovação com distinção. P. 43.
- LOBO TORRES, Ricardo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.” In: **Revista de Direito Administrativo**. v. 177, Jul/set, 1989. P. 32
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1964. P. 218-219.
- LYON, David. **Pós-Modernidade**. São Paulo: Paulus, 1998. P. 23.
- MARQUES, Cláudia Lima. “Solidariedade na Doença e na Morte: Sobre a Necessidade de ‘Ações Afirmativas’ em Contratos de Planos de Saúde e de Planos Funerários Frente ao Consumidor Idoso.” In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 195.
- MATHIEU, Bertrand. “La Protection du Droit à la Santé par le Juge Constitutionnel. À Propos et à Partir de La Décision de la Cour Constitutionnelle Italienne n. 185 du 20 mai 1998. **Les Cahiers du Conseil Constitutionnel**. N. 6. 1999. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-protection-du-droit-a-la-sante-par-le-juge-constitutionnel-a-propos-et-a-partir-de-la-decision-de> . Acesso em: 14/11/2008.
- MCLLWAIN, Charles H. **Costituzionalismo antico e moderno**. Bologna: Il Mulino, 1990. P. 44.
- MERRIEN, François-Xavier et Alli. **L'État Social. Une Perspective Internationale**. Paris: Armand Colin, 2005. P. 95.
- MORBIDELLI, G et Alli. **Diritto Costituzionale Italiano e Comparato**. 2 ed., Bologna: Monduzzi Editore, 1995. P. 360.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. P. 104.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. P. 779.
- PEGORARO, Lucio. “**Metodología y Modelos Para Una Investigación Sobre Derechos Fundamentales (Com Especial Referencia a las Transiciones Constitucionales)**.” In: Ponencias Desarrolladas Del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Peru: Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2008. P.8.

- QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais. funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editores, 2006. P. 29.
- QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 26.
- SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações”. In: **Direitos Fundamentais. Orçamento e ‘Reserva do Possível’.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 30.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988.” In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Direito do Estado.com.br. Capturado em 16/11/2008. P. 9.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Sociais” In: **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 132.
- SCHMITT, Karl. **Teoría de la Constitución.** 2. ed. Madrid: Alianza, 1992. p. 63.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 289-290.
- SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil.** 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P.863.
- STERN, Klaus. “Global Constitutionalism Movements and New Constitutions”. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 2. jul/dez. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 344.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 69.
- SUNSTEIN, Cass R. & HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W.W. Norton & Company, 1999. P. 87.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 712.
- TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária.” In: **Direitos Fundamentais. Orçamento e ‘Reserva do Possível’.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 80-81.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional.** Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional Como Modo de Integração Política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P.69.
- VIANNA, Luiz Werneck et Alli. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. P. 43.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. P. 83.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale.** 2 ed., Bologna: Il Mulino, 1988. P. 14.