

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ELISAIDE TREVISAM

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Elisaide Trevisam, Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-362-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

O XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito – CONPEDI, ocorreu no Centro Universitário UNICURITIBA, na cidade de Curitiba/PR. Sob o tema Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito, o evento reuniu pesquisadores, nacionais e internacionais, substancialmente comprometidos com a busca da efetivação de uma sociedade livre, justa e igualitária, nos parâmetros de uma verdadeira democracia.

Diante de um país que sempre esteve marcado pela histórica desigualdade social, além da atual problemática enfrentada pelo Estado brasileiro, o Grupo de Trabalho “Direitos sociais e Políticas Públicas I”, reuniu pesquisadores de diversas áreas que apresentaram, com seus trabalhos do mais alto nível científico, debates que nos levaram à reflexão e que muito irão contribuir, de maneira ímpar, para a condução de respostas significativas nos que diz respeito à efetivação dos pressupostos fundamentais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a vida digna de ser vivida.

Dentre os diversos temas tratados, as pesquisas se desdobraram desde as garantias do direito à educação, à saúde, à felicidade, ao transporte, à renda básica, ao desenvolvimento, ao combate à pobreza, ao mínimo existencial, ao desporto, ao envelhecimento digno, até os mais diversos temas que tratam da busca pela efetivação dos direitos sociais mais basilares na vida do cidadão do Estado Democrático de Direito.

De um modo totalmente transdisciplinar, tanto no Grupo de Trabalho, quanto no Congresso em si, ficou demonstrado que o meio acadêmico jurídico está, juntamente com outras áreas acadêmicas, avançando na busca do desenvolvimento da cidadania e da democracia, sempre objetivando alcançar uma sociedade mais justa, ética e solidária.

As apresentações dos trabalhos, os debates e as reflexões que nos foram propiciadas no Grupo de Trabalho, nos traz a certeza que, apesar dos grandes entraves encontrados no caminho dos atores comprometidos com os direitos mais basilares do ser humano, nosso esforço conduzirá a sociedade por uma via que levará a um futuro mais democrático, mais justo e mais humanitário.

O que não podemos esquecer é que: o debate continua, as reflexões continuam, as pesquisas devem continuar!

Boa leitura!

Profa. Dra. Elisaide Trevisam - PUC-SP

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

MÍNIMO EXISTENCIAL E NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

EXISTENTIAL MINIMUM AND ESSENTIAL CORE OF FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Cláudia Toledo
Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira

Resumo

O direito fundamental à saúde, como qualquer direito fundamental, é norma-princípio e poderá ser ponderado em um caso concreto. A problemática relacionada ao mencionado direito, enquanto componente do mínimo existencial cujo fundamento é a dignidade humana, reside em determinar qual seria um “nível básico” de assistência médica sujeito à exigibilidade imediata. Ou seja, determinar o seu núcleo essencial, caracterizado como norma-regra, que será subsumido e não será limitado por argumentos orçamentários. Diante da relevância e atualidade do tema, o presente artigo almejou estudar o núcleo essencial do direito fundamental à saúde.

Palavras-chave: Dignidade humana, Mínimo existencial, Núcleo essencial, Direito fundamental à saúde

Abstract/Resumen/Résumé

The fundamental right to health, like any fundamental right, is a norm principle and may be weighted in a concrete case. The issue related to that right, as a component of existential minimum that is based on human dignity, lies in determining what would be a "basic level" of medical care subject to immediate demand. That is, its essential core, characterized as a norm rule, that will be subsumed and will not be limited by budgetary arguments. Given the relevance and topicality of the theme, this article aimed to study the essential core of the fundamental right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human dignity, Existential minimum, Essential core, Fundamental right to health

INTRODUÇÃO

No contexto do Pós-Positivismo (ou Não-Positivismo), o Direito não se subordina à Moral, consoante o pensamento jusnaturalista, e nem a Moral subordina-se ao Direito, conforme a concepção positivista. Na visão pós-positivista (ou não-positivista) ambos, Direito e Moral, complementam-se. Sendo assim, alguns valores foram incorporados como normas e, por conseguinte, os princípios, abarcados pela normatividade, tornaram-se cogentes. Logo, fortaleceram-se os direitos fundamentais.

Por seu turno, os direitos fundamentais, na conjuntura do Pós-Positivismo, são declarados em normas com a estrutura de princípios. Como todos os princípios que possuem a mesma hierarquia podem ser colidentes, serão aplicados conforme a dimensão de peso que assumem no caso concreto. Para solução da situação concreta, caberá ao juiz ponderar. Logo, os princípios são mandamentos de otimização e os direitos neles fundados são direitos *prima facie*.

Com base da Teoria dos Princípios, de Robert Alexy (1985), compreende-se que o direito fundamental à saúde caracteriza-se como norma-princípio. De modo abstrato, esse direito é tão somente *prima facie*, apenas se tornando definitivo posteriormente ao exame das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Porém, as normas constitucionais, tais como as normas jurídicas gerais, são dotadas de imperatividade, ou seja, contêm comandos. Essa imperatividade é descumprida tanto por ação quanto por omissão. Consequentemente, os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – devem realizar os direitos fundamentais na maior extensão possível, consoante a sua competência, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

Tal como todo direito fundamental, o direito à saúde detém um núcleo essencial rígido, que não é maleável, ou seja, cuja implementação não pode ser afetada sob pena de se desconfigurar esse direito. Esse núcleo essencial é caracterizado não como uma norma-princípio e sim como uma norma-regra. Como tal, não poderá ser alvo de ponderação, mas de subsunção, já que se trata de um comando definitivo. Nesse sentido, ressalta-se, conforme será delineado, que se adotará no presente trabalho a teoria relativa de delimitação do núcleo essencial e não a teoria absoluta.

Sendo assim, é de suma importância delimitar qual é o núcleo essencial do direito fundamental à saúde. Por integrar o mínimo existencial, ele não poderá ser alvo do argumento da reserva do possível por parte do Estado, devendo ser, consequentemente, implementado e respeitado. E isto é o que presente artigo, a partir de amplo estudo bibliográfico, propõe.

1 DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Consoante Robert Alexy (2015, p. 13-14), a dignidade humana é um conceito relativo, já que saber se ela foi violada é uma questão de proporcionalidade. Ressalta-se que a análise da proporcionalidade está intrinsecamente ligada à distinção entre intervenções justificadas e injustificadas. Logo, a intervenção proporcional é justificável e constitucional. O oposto se aplica quando da intervenção desproporcional.

Além disso, o conceito de dignidade humana deve ligar-se a uma base descritiva mais ampla, que é fornecida pelo conceito de pessoa. A principal tese de Alexy acerca do conceito de pessoa é que ele possui uma estrutura “duplo-triádica”. Sendo assim, para alguém ser considerado pessoa, é necessário atender a três condições, por dois turnos seguidos. A tríade possui como condições: i) a inteligência; ii) o sentimento; e, iii) a autoconsciência (reflexividade). Por seu turno, para definir reflexividade, é necessário distinguir suas três modalidades: a cognitiva, a volitiva e a normativa. Ou seja, o terceiro elemento desse conceito de pessoa é a autoconsciência, que se divide em três outros elementos. Daí o motivo de se designar como “duplo-triádico” o conceito de pessoa (ALEXY, 2015, p. 25).

Segundo Alexy (2015, p. 25), a reflexividade cognitiva é tornar a pessoa o próprio objeto do conhecimento, o que autoriza falar em “autoconhecimento”, cujo elemento basilar é a certeza fática de que nascemos e de que morreremos. Já a reflexividade volitiva consiste na capacidade de dirigir seu comportamento e a si mesmo através de atos de vontade. Por fim, o aspecto normativo da dignidade humana representa-se pela conexão entre o conceito de pessoa e o conceito de dignidade humana, que pode assim ser expressa: toda pessoa possui dignidade humana. Tal afirmação explicita a dimensão normativa da dignidade humana através da relação entre o conceito de dignidade humana e os conceitos de direitos e deveres.

Por conseguinte, a dignidade dá a todos os seres humanos o direito de serem levados a sério como pessoa, o que demonstra ser ela um “conceito-ponte”. Ou seja, é um conceito de conexão, que liga um conceito empírico ou descritivo a um conceito normativo ou avaliativo. O conceito descritivo é o de pessoa. O conceito normativo é o direito de todos os seres humanos serem levados a sério como pessoas e isso acontece quando lhes são atribuídos os direitos humanos (ALEXY, 2015, p. 27).

A dignidade humana, enquanto norma, tem essencialmente o caráter de princípio. As elaborações de regras de garantia da dignidade humana são somente derivações. Logo, as pessoas podem ser levadas a sério em diferentes graus e a dignidade humana, enquanto

norma, exige que elas devam ser levadas a sério na máxima medida do que for possível. (ALEXY; SILVA, 2015, p. 172)

Nessa esteira, a dignidade humana pode ser considerada o fundamento do mínimo existencial, uma vez que aquela se encontra comprometida com esse na medida em que nele há a necessidade de respeito e de implementação das condições mínimas necessárias à existência humana digna. Neste aspecto, consoante Cláudia Toledo (2016, p. 822), “os elementos centrais que compõem o conceito de mínimo existencial são (i) direitos fundamentais sociais mínimos e (ii) dignidade humana”.

A dignidade humana é consagrada como o limite à restrição aos direitos fundamentais, admitida a possibilidade de se estabelecerem limites a eles. Compreende-se, nesse sentido, a motivação pela preservação do núcleo essencial do direito fundamental objeto de restrição, a despeito das especificidades e singularidades de cada ordenamento constitucional.

2. BREVE CONCEITUAÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

O Estado Democrático de Direito gravita em torno da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Consoante Luis Roberto Barroso (2013, p. 165-166), tais direitos incluem, dentre outros: a) liberdade, que se relacionaria à autonomia da vontade; b) igualdade, que seria o direito a ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas; e, ainda, c) mínimo existencial, que seriam as condições elementares de educação e saúde que permitiriam, em determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e à participação esclarecida no processo político e no debate público.

Para efeitos do presente estudo, destacar-se-á a noção de mínimo existencial como direito fundamental.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 184), a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial não depende de expressa previsão constitucional para reconhecimento, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade humana. No Brasil, não se poderia deixar de destacar que a garantia de uma existência digna inclui-se no rol de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, de acordo com o *caput*¹ do artigo 170 da nossa Constituição Federal de 1988 (CF/88).

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;

Pode-se questionar, de acordo com Yumi Maria Helena Myamoto e Alexandre de Castro Coura (2015, p. 83-84), se a proteção ao mínimo existencial seria um êxito da CF/88. Em Constituições anteriores, o constituinte já havia efetivado, ainda que de forma muito basilar, algumas das dimensões a garantia do mínimo existencial, como é o caso dos direitos à educação e à saúde².

As necessidades básicas do ser humano, com ou sem a previsão formal e expressa em um corpo constitucional, agregam-se, ou deveriam agregar-se, com a compreensão do conteúdo material do direito constitucional e dos direitos fundamentais. Por isso, para Myamoto e Coura (2015, p. 84), seria impraticável a fixação, *a priori* e de modo taxativo, de uma lista dos componentes nucleares do mínimo existencial, no sentido de ser um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial, na medida em que o entendimento de mínimo existencial alcança uma atribuição prestacional (positiva) e defensiva (negativa), na compreensão dos direitos fundamentais sociais.

No entanto, segundo Cláudia Toledo (2016, p. 830-831), o único direito fundamental definitivo é o direito ao mínimo existencial. Goza, assim, de exigência imediata. Todos os demais direitos fundamentais são *prima facie*, o que denota que podem ser alvos de ponderação. Isso significa, assim, que o mínimo existencial não exclui propriamente a ponderação, mas a pressupõe. Ele é dela decorrente e, uma vez identificado, guarda certa estabilidade temporal, o que o transforma no único direito fundamental definitivo.

Cumprе ressaltar que o mínimo existencial é a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos, cujo núcleo essencial deve ser judicialmente garantido, uma vez que ele se apresenta como necessário para se alcançar grau elementar de dignidade humana.

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

² A Constituição de 1824, “no campo dos direitos fundamentais, era extremamente avançada para a época, pois assegurou alguns direitos de cunho social, como o direito à educação e à saúde. (...) Não se pode esquecer de que os direitos garantidos na Constituição de 1824 eram dirigidos à elite aristocrática que dominava o regime” (MENEZES, 2015, p. 42). De acordo com Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 43), “com relação ao direito à saúde, previamente instituído na Constituição de 1824 como ‘socorros públicos’, foi na Constituição de 1934 a incumbência da União, dos Estados e dos Municípios, que deveriam adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantil”.

Salienta-se, ainda, que a disseminação da noção de mínimo existencial ganhou força na Teoria dos Princípios, de Robert Alexy (1985). Sendo assim, o direito ao mínimo existencial, consoante Alexy, é composto pelo conjunto de direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de nível elementar de dignidade humana. Na Alemanha, conforme o entendimento do mencionado jusfilósofo, entende-se que o mínimo existencial abarca os núcleos essenciais dos direitos fundamentais sociais à moradia, à educação e à saúde. Eles seriam, respectivamente, os direitos à moradia simples, à educação fundamental, média e profissionalizante e a um nível mínimo de assistência médica

Leciona Toledo (2016, p. 832) que, em nossa atual conjuntura nacional, o mínimo existencial brasileiro é composto pelo núcleo essencial dos direitos à saúde e à educação.

Isso porque tem-se como (i) interesse individual razoável, cuja satisfação (ii) não desequilibra o orçamento público (uma vez que este deve ser planejado mediante ordem de prioridade de investimento dos recursos financeiros), a garantia de educação no nível infantil e ensino fundamental e de um nível básico de assistência médica.

De qualquer modo, sublinha-se que o direito ao mínimo existencial difere-se do mínimo vital. Consoante Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 320), ele abarca não apenas a garantia de sobrevivência física – o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital – mas também o que se designou como “mínimo existencial sociocultural”, incluindo, assim, o direito à educação.

Assim também compreendem Myamoto e Coura (2015, p. 81). Para os autores, o âmago do mínimo existencial contempla o mínimo fisiológico, representado pelas condições materiais mínimas para uma vida digna, é dizer, é a proteção contra as necessidades de caráter existencial básico. Porém, o mínimo existencial apenas se completa com um mínimo existencial sociocultural. Não se pode, em momento algum, confundir o mínimo existencial com o mínimo vital, pois esse representa o mínimo de sobrevivência para a garantia da vida humana, não simbolizando as premissas para uma sobrevivência física em condições dignas.

Em suma, o mínimo existencial é entendido como o agrupamento de direitos fundamentais sociais mínimos cujo núcleo essencial deve ser garantido judicialmente. Ressalta-se que, a despeito da relevância do direito à educação, no presente artigo abordar-se-á especificamente o núcleo essencial do direito à saúde.

2.1 BREVE CONCEITUAÇÃO DE NÚCLEO ESSENCIAL

O núcleo essencial pode ser conceituado como aquela parcela do direito fundamental que se mostra intangível. Trata-se, pois, do “limite dos limites” a algum direito fundamental. Cumpre ressaltar que, conforme Sarlet e Figueiredo (2007, p. 185), esse núcleo essencial não é o mesmo em cada direito social, não dispensando, assim, a necessária contextualização para a sua descoberta.

Logo, para a plena apreensão do conceito de mínimo existencial é imprescindível definir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que dele fazem parte. E para tal definição há duas teorias: a absoluta e a relativa.

Conforme a primeira, aquele é demarcado *a priori* e sobre ele não caberá qualquer juízo de ponderação. Ou seja, cada direito fundamental é detentor de um núcleo intangível que não pode ser alvo de intervenção em nenhuma hipótese. O conteúdo de certo direito fundamental não será variável e não dependerá do caso concreto em análise. Freitas (2007, p. 198) aduz, neste sentido, que a caracterização do núcleo essencial será feita a partir da consideração de que há uma esfera permanente de direito fundamental que compõe o seu núcleo essencial, independentemente das circunstâncias de determinado caso concreto.

Já para a segunda, o referido núcleo será identificado a partir da ponderação dos princípios em colisão em um dado caso concreto (ALEXY, 2012, p. 296). Por conseguinte, apenas é possível conhecer o conteúdo – que pode ser expandido ou restringido – do direito fundamental por meio da análise dos direitos envolvidos na situação empírica em um caso concreto. Ou seja, para a teoria relativa o núcleo essencial de um direito fundamento é “maleável”, “elástico”, variando de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

A última teoria, qual seja, a relativa, parece melhor se adequar para fins da descoberta do núcleo essencial do direito fundamental social à saúde, uma vez que sua determinação apenas será possível argumentativamente diante de determinado caso concreto e não aprioristicamente. E isso é de suma importância na conjuntura de um Estado Democrático de Direito, pois as necessidades dos litigantes poderão variar consoante a realidade e o caso concreto apresentado, sendo, pois, alvos de debate e argumentação que se pressupõem racionais.

3 ARGUMENTO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Mesmo no plano do mínimo existencial não deixa de ocorrer, muitas vezes, um agudo comprometimento de recursos públicos, especificamente nos países denominados “subdesenvolvidos” ou “em desenvolvimento”. Prestações consideradas inequivocamente

como necessárias à preservação da vida ou de uma vida com um mínimo de dignidade humana podem ser extremamente onerosas (SARLET, 2012, p. 358).

Esses limites orçamentários conectam-se ao argumento da reserva do possível, resposta frequente dos entes federados nas demandas que figuram no polo passivo, cujos objetos são prestações positivas fáticas.

De acordo com Sarlet e Figueiredo (2007, p. 188), conforme o argumento da “reserva do possível”, a efetividade dos direitos fundamentais sociais a prestações fáticas estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, já que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A “reserva do possível” passou a traduzir a ideia de que os direitos fundamentais sociais a prestações positivas materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, sendo que tal disponibilidade habitaria o campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Essas noções foram abrigadas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, no paradigmático caso³ versando sobre o direito de acesso o ensino superior, entendeu que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Conforme Ione Maria Domingues de Castro (2012, p. 105), o mencionado Tribunal negou o pedido *in casu*⁴ e firmou entendimento de que a realização dos direitos fundamentais sociais que estivessem além do mínimo existencial seria condicionada à existência de recursos orçamentários. O principal problema trazido à baila pelo Tribunal Constitucional da Alemanha é que os recursos públicos são limitados e insuficientes ao atendimento de todas as demandas da sociedade. Logo, atribui-se ao Estado a decisão sobre a alocação dos recursos entre os diversos setores orçamentários, de forma a atender, inclusive, a outros interesses da coletividade.

³A reserva do possível foi enfrentada em 1972 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no *leading case BVerfGE 33, 303, numerus clausus*.

⁴ Trata-se de processo recebido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em razão de decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo de Hamburgo e pelo Tribunal Administrativo Bávaro de Munique. Questionava-se a constitucionalidade do artigo 17 da Lei sobre a Universidade de Hamburgo e do artigo 4º da Lei de Admissão aos Estabelecimentos de Ensino Superior da Baviera. Ambas as leis foram questionadas pelos critérios de admissão ao ensino superior em cursos de medicina, com base no direito à livre escolha da profissão e do local da formação, ambos previstos no artigo 12 da Lei Fundamental alemã de 1949. Após longa fundamentação o Tribunal Constitucional Alemão rejeitou a pretensão dos demandantes de declaração de inconstitucionalidade das disposições legais supracitadas e a almejada criação de vagas necessárias para a admissão de alunos ao curso de Medicina (SGARBOSSA, 2009, p. 90-91). Por conseguinte, aquele tribunal concluiu haver uma limitação fática condicionada pela “reserva do possível”, fixando entendimento de que a realização de direitos sociais que estivessem além do mínimo existencial ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários (CASTRO, 2012, p. 105).

Ocorre que, no Brasil, de acordo com Castro (2012, p. 108), a maioria das questões levadas ao Poder Judiciário diz respeito ao direito à saúde. Por exemplo, continua a autora, quando um paciente diabético pleiteia uma insulina importada por ser o único medicamento capaz de estabilizar a sua doença. Comparando os contextos e os direitos à educação e à saúde, Castro (2012, p. 108) aduz que “se um cidadão alemão pode viver sem ter um diploma superior pago pelo Estado, o doente brasileiro precisa da insulina para viver”. Todavia, isso não significa que o Estado esteja obrigado a fornecer insulina importada para todos os diabéticos, mas àqueles que necessitam dela para viver. Sendo assim:

O que se quer acentuar com essas considerações é que um país como o Brasil, que não atingiu ainda o padrão de desenvolvimento da Alemanha, onde a maioria das necessidades básicas já se encontram satisfeitas, aplicar o argumento da reserva do possível com relação ao direito à saúde pode provocar um verdadeiro desastre. (CASTRO, 2012, p. 109)

Entretanto, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 188-189) afirmam que mesmo possuindo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não seria possível falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. O que corresponde ao razoável também depende da ponderação por parte do legislador.

Isso significa, consoante Sarlet e Figueiredo (2007, p. 193), em um caso concreto, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, especialmente de direitos fundamentais sociais, deverão observar os critérios parciais alexyanos da adequação (diz respeito à aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (alude à utilização do meio gerador de menor sacrifício ao direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (refere-se às condições jurídicas ou aos princípios colidentes e é avaliada conforme a Lei da Ponderação), sempre respeitando o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s).

Um dos princípios pode ser, inclusive, completamente preterido ou excluído em uma ponderação. O que não pode ocorrer é a interferência em seu núcleo essencial. Isto é, pode acontecer de aquele princípio não ser cabível, mas, se ele for, ao menos o núcleo essencial do direito que declara deve ser garantido.

Por fim, cabe salientar que especialmente em razão do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 – que afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988) – caberá ao Poder Público o ônus da comprovação tanto da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações positivas, quanto da aplicação eficiente dos mesmos.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seus artigos 196 a 198, a universalidade do direito fundamental à saúde, instituindo um Sistema Único de Saúde (SUS) que tem por finalidade garantir ao indivíduo o acesso efetivo à assistência médica por meio de políticas públicas elaboradas pelas entidades estatais.

Especificamente em seu artigo 196, a CF/88 dispõe:

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**. (BRASIL, 1988) (grifos nossos)

Pode-se extrair da Constituição Federal de 1988 que necessariamente o direito à proteção e promoção da saúde abrange tanto a dimensão preventiva, quanto promocional e curativa da saúde (artigo 196, CF/88), conforme Sarlet e Figueiredo (2007, p. 200), em razão da expressão constitucional “promoção, proteção e recuperação”.

Todavia, segundo Edith Maria Barbosa Ramos (2014, p. 26-27), a problemática da saúde transita, inicialmente, por sua própria definição. O conceito do direito à saúde está longe de consenso. Fala-se de direito à saúde, direito à assistência sanitária, direito à proteção da saúde, direito a gozar de um nível adequado de saúde ou direito ao máximo possível de saúde e o direito ao mínimo decente de assistência sanitária.

A definição de saúde mais conhecida e citada está presente na Constituição de 1946 da Organização Mundial da Saúde (OMS), cujo preâmbulo afirma que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” e também que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”. Além disso, o mencionado preâmbulo aduz que “os governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

De acordo com Ramos (2014, p. 27-28), a visão da Organização Mundial de Saúde conseguiu integrar a ideia de proteção, de promoção e de recuperação da saúde em um contexto geral, reconhecendo-se o seu duplo caráter, qual seja, individual e social, com uma configuração da saúde como bem público global. O direito à saúde significa, por conseguinte,

atender à existência de uma correlação entre a saúde das pessoas e o desenvolvimento socioeconômico do Estado.

Contudo, tal questão está longe de ser singela. Para Ana Paula de Barcellos (2008, p. 133), em um contexto de recursos públicos escassos, de aumento da expectativa de vida e de multiplicação das doenças, os debates envolvendo o direito a prestações positivas relativas à saúde formam um dos temas mais complexos na discussão sobre a eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais.

4.1 JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito fundamental à saúde é constitucionalmente protegido e, por conseguinte, deve ser garantido pelo Poder Judiciário, ou seja, é justiciável (BARROSO, 2013, p. 167). A eficácia jurídica dos mandamentos constitucionais que tratam do direito fundamental à saúde conecta-se ao conjunto de prestações relativas à saúde exigíveis ao Poder Judiciário por força e em consequência da Constituição Federal. Isso acarreta uma obrigação aos poderes constituídos de colocar à disposição das pessoas tais prestações.

Conforme Vitor Hugo Mota de Menezes (2015, p. 234), justiciabilidade é a possibilidade de buscar a concretização de os direitos através do Poder Judiciário. Ou seja, é a possibilidade do uso de mecanismos jurídicos de modo a conferir efetividade a direitos subjetivos, como os direitos fundamentais sociais. Assim, “não se defende ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim, a responsabilidade de compelir a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias” (MENEZES, 2015, p. 234)

Mesmo diante da postura muitas vezes inercial do Poder Público na implementação e promoção de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais sociais, há críticas em torno da justiciabilidade daqueles, que incluem o direito à saúde. Nessa esteira, Alexy (2012, p. 461) destaca que:

(...) com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos à ação negativa (direito de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos à ação positiva (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental, diferença teórico-estrutural. Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outros, proibição de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos de prestação são, para seus destinatários, dentre outros, obrigação de proteger ou fomentar algo.

Todavia, não é possível ignorar o fato de que o próprio aumento da discussão em torno da justiciabilidade do direito à saúde é proveniente – em grande parte – da ineficácia do

Poder Público. Também não se pode olvidar do maior acesso à informação que o cidadão obtém em relação aos seus direitos nas áreas de políticas públicas, essencialmente no que tange ao direito à saúde. A mera afirmação, porém, de que o direito supramencionado é fundamental e, logo, justiciável, não significa compreender seu sentido e alcance. O próprio texto constitucional não define exata e literalmente até que ponto a saúde há de ser tutelada negativa e positivamente.

Muitas vezes, o Poder Judiciário encontra-se despreparado para o enfrentamento dessas questões em razão de se deparar mais comumente com pleitos particulares, que não lhe permitem uma percepção clara das possibilidades administrativas. A Administração Pública, por seu turno, frequentemente angustia-se diante da elevada expectativa de provimento, por ela, dos direitos fundamentais e das limitações fática e jurídica que possui para a sua satisfação integral (DUARTE, 2013, p. 78-79). Trata-se, assim, de um sério problema no que tange à justiciabilidade do direito fundamental à saúde.

Segundo Sarlet e Figueiredo (2007, p. 203-205), a integralidade do atendimento à saúde⁵, prevista no inciso II do artigo 198 da Constituição Federal de 1988, não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos. Logo, é ingenuidade considerar temas conectados ao argumento da reserva do possível como irrelevantes, pois é imperativo, ululantemente, existir orçamento para que as prestações de saúde sejam concretizadas.

Além disso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial no que tange ao direito fundamental à saúde muitas vezes exigirá exame mais apurado da pretensão formulada em juízo, já que nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, sendo necessária, inclusive, a apreciação dos limites orçamentários, a depender do caso concreto.

Consequentemente, o principal problema relativo à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, inclusive o direito à saúde, decorre do fato de nenhum país possuir recursos financeiros bastantes para atender, ilimitadamente, às exigências de todos. Sendo escassos os recursos, faz-se necessário, para satisfazê-los, escolher quais devem ser os efetivados, sendo essas escolhas políticas (SCAFF, 2005, p. 84). Esses limites orçamentários conectam-se ao supramencionado argumento da reserva do possível.

⁵ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

4.2 “DEMANDAS DE SAÚDE DE PRIMEIRA NECESSIDADE” E “DEMANDAS DE SAÚDE DE SEGUNDA NECESSIDADE”

A fim de tentar solucionar o mencionado embate relacionado à justiciabilidade do direito fundamental à saúde, Luciana Gaspar Melquíades Duarte (2014, p. 80) propõe o núcleo essencial desse direito sejam as denominadas “demandas de saúde de primeira necessidade”. Tal critério é fundamentado na qualificação da vida humana como o bem jurídico de maior relevância em virtude de ser condição para a fruição de todos os demais direitos.

Consoante Duarte (2014, p. 91), nesse conceito “estarão abrangidas todas as prestações estatais, urgentes ou não, divisíveis ou indivisíveis, módicas ou vultosamente onerosas, preventivas ou terapêuticas, necessárias para a sobrevivência”. Ou seja, tais prestações serão marcadas por sua elevada essencialidade e, por conseguinte, pela imprescindibilidade

Portanto, ilustram o conceito formulado por Duarte (2014, p. 91), a distribuição de remédios contra a hipertensão, cuja ausência de ministração pode resultar em um acidente vascular-cerebral fatal. Do mesmo modo, o combate a doenças endêmicas letais, as obras de saneamento básico, o serviço de coleta, acondicionamento e tratamento do lixo, os serviços de terapia intensiva, os transplantes de órgãos vitais etc. estão incluídos nas denominadas demandas de saúde de primeira necessidade.

Já as demais prestações estatais relacionadas à saúde, mas não conectadas à manutenção da vida humana e por isso não detentoras de elevada essencialidade, seriam qualificadas como “demandas de saúde de segunda necessidade”. Essas concorreriam com os demais direitos fundamentais na disputa pelos recursos públicos (financeiros, humanos e de outras naturezas) necessários para a sua eficácia, uma vez que seriam excluídas do núcleo essencial do direito à saúde.

Essas “demandas de saúde de segunda necessidade” serão correlacionadas com a dignidade humana e, desse modo, dotadas de jusfundamentalidade. Todavia, distingue-se das “demandas de saúde de primeira necessidade” apenas por não possuírem implicação direta com a manutenção da vida, o que significa que poderão ter essencialidade variada (DUARTE, 2014, p. 91-92). O que variará, portanto, será a essencialidade e a consequente imprescindibilidade da demanda.

Ou seja, o núcleo essencial do direito à saúde abarcaria justamente as designadas “demandas de saúde de primeira necessidade”, nas quais a vida humana estaria em risco iminente. Nas palavras de Duarte (2014, p. 95-96):

O núcleo essencial do direito à saúde consiste na proteção e preservação da vida, de forma que todos os bens e serviços necessários para tanto deverão ser disponibilizados pelo Estado, enquanto destinatário do dever decorrente do direito à vida. Consistem, portanto, nas demandas de saúde de primeira necessidade, **compreendendo todas as prestações que se podem esperar do Estado e que sejam imprescindíveis para a manutenção da vida.** (grifos nossos)

De tal forma, todos os bens e serviços necessários para isso deverão ser disponibilizados pelo Estado. Quando tais demandas são comparadas com os recursos financeiros, esses não poderão ser detentores de maior peso e, em consequência, o argumento da reserva do possível não poderá ser utilizado. É dizer, o impacto orçamentário de um medicamento ou de um procedimento terapêutico referente a uma “demanda de saúde de primeira necessidade” não sobreleva a vida humana.

Por sua vez, nas chamadas “demandas de saúde de segunda necessidade”, será necessária a observação dos recursos orçamentários para que as mesmas possam ser satisfeitas após serem ponderadas. Para a satisfação desse tipo de demanda é necessária a observância da questão orçamentária, o que torna possível a utilização do argumento da “reserva do possível” pelos entes federados nas demandas que figuram no polo passivo de demandas cujos objetos são prestações positivas fáticas.

Cumprido frisar, outrossim, que diante de tais “demandas de saúde de segunda necessidade” ocorrerá a ponderação. Consoante Duarte (2014, p. 98-100), essas demandas, que não são imprescindíveis para a preservação da vida humana, deverão ser ponderadas com os demais direitos fundamentais no processo de alocação das limitadas verbas públicas, de modo que eventual intervenção do Judiciário apenas será legítima quando constatado erro evidente do Poder Público no estabelecimento de prioridades.

4.3 JORNADAS DE SAÚDE E PROJETO DE LEI N. 8058/2014: OUTRAS TENTATIVAS DE TRAZER PARÂMETROS À COMPREENSÃO DE NÚCLEO ESSENCIAL

Além disso, a fim de identificar quais seriam as demandas imprescindíveis, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o evento anual Jornada do Direito da Saúde, cujo resultado tem sido a elaboração de diversos enunciados com o fornecimento de diretrizes para o Poder Judiciário (TOLEDO, 2016, p. 832).

Em 2014, o CNJ promoveu sua I Jornada de Direito da Saúde com a finalidade de reunir autoridades das áreas do Direito e da saúde a fim de debater os principais temas relacionados à judicialização da saúde. Almejava-se, sobretudo, produzir e aprovar

enunciados interpretativos voltados à uniformização de entendimentos e auxiliar as decisões dos agentes de saúde e dos integrantes do sistema de saúde. A abertura democrática foi um aspecto importante do evento, permitindo a participação de juízes, membros dos Ministérios Públicos, da Advocacia, das Defensorias Públicas, das Procuradorias, médicos, gestores públicos e agentes de operadoras de planos de saúde e também representantes da sociedade civil. O resultado da Jornada foi a aprovação de quarenta e cinco enunciados (SCHULZE, 2015, p. 08).

Já a II Jornada de Direito da Saúde, que é a mais recente, ocorreu em 2015 e com ela adveio a aprovação de mais 22 enunciados objetivando orientar decisões do Poder Judiciário relacionadas ao direito à saúde. Sendo assim, a intenção, novamente, foi debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos a respeito daquele direito.

Consoante Clenio Jair Schulze (2015, p. 09-10), não é possível ignorar que a execução de políticas públicas de saúde transcendeu os limites de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que o Poder Judiciário é constantemente chamado a decidir o caso concreto. Diante desse quadro, é necessário expandir e fortalecer o diálogo entre os operadores do Direito e os gestores da saúde, de modo a contribuir para o progresso desejado pela sociedade.

Deve-se sublinhar, ainda, que o Poder Legislativo também se mostra sensível à situação, ainda que timidamente. O Projeto de Lei (PL) n. 8058/2014, apresentado em 04 de novembro de 2014, trata-se da proposta de criação de um processo especial⁶ para o controle e

⁶ Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II – policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;

intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, a fim de auxiliar o magistrado e as partes a dirimirem os designados conflitos de ordem pública.

Sendo assim, na justificativa do mencionado PL (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014), afirma-se que o controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros e ainda há – a despeito da dedicação da doutrina e da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal (STF) à matéria – dificuldades oriundas da falta de informações e dados a respeito do tema. Ou seja,

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialógica e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 12)

Nessa esteira, destaca-se o artigo 7º desse Projeto de Lei, que aduz que:

Art. 7º. Se o pedido envolver o **mínimo existencial** ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil. (grifos nossos)

O parágrafo único desse artigo considera o mínimo existencial como “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014). Isso demonstra que a própria noção de mínimo existencial e de respeito ao núcleo essencial está se fortalecendo, aos poucos, no Brasil, também em âmbito legislativo.

Consequentemente, a intenção em ambos casos – as Jornadas de Saúde do CNJ e o Projeto de Lei n. 8058/2014 – é que a intervenção judicial em políticas públicas, inclusive no que tange ao núcleo essencial do direito à saúde, direito fundamental abarcado pelo mínimo existencial, não crie problemas insolúveis para a Administração Pública e para a população, auxiliando o juiz a decidir com base em parâmetros racionais e seguros na conjuntura de um Estado Democrático de Direito.

VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;
XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

CONCLUSÃO

O mínimo existencial é a reunião dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de nível elementar de dignidade humana. Ressalta-se que tais direitos variam, quantitativa e qualitativamente, conforme o contexto socioeconômico em que se inserem.

Sendo assim, no Brasil, conforme mencionado alhures, considera-se, hodiernamente, que fazem parte do mínimo existencial o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais à educação e à saúde. Cumpre salientar que os mencionados direitos – que abarcam a garantia de educação no nível infantil e ensino fundamental e um nível básico de assistência médica – compõem o mínimo existencial considerando-se o (i) interesse individual razoável, cuja satisfação (ii) não desequilibra o orçamento público, consoante leciona Cláudia Toledo. A despeito da enorme importância do direito à educação, o direito à saúde foi especificadamente abordado no presente artigo.

O direito fundamental à saúde, tal como qualquer direito fundamental, detém o caráter de norma-princípio, sendo, pois, alvo de ponderação em determinado caso concreto. Por isso, diante das imensas dificuldades em demarcar quais são as obrigações estatais no que tange ao direito à saúde em uma situação real, faz-se necessária também a compreensão da noção de núcleo essencial.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelos motivos expostos acima, é uma norma-regra. Isso significa que ela é aplicada segundo a lógica binária “tudo ou nada”, ou seja, mediante subsunção e, por isso, é um mandamento ou comando definitivo. Salienta-se que uma regra apenas não será aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida.

Em suma e trazendo o tema para o direito alvo de estudo nesse artigo, o núcleo essencial do direito à saúde detém a estrutura de regra, ou seja, pode ser ou não cumprido por ser um mandamento definitivo. Sendo assim, não poderá ser ponderado e sim subsumido. Do mesmo modo, não estará sujeito a argumentos orçamentários, tais como a reserva do possível.

A problemática relacionada ao direito à saúde, enquanto componente do mínimo existencial, reside em determinar qual seria um “nível básico” de assistência médica sujeito à exigibilidade imediata, já que se trata de um direito definitivo.

Luciana Gaspar Melquíades Duarte, em acertada tentativa de delimitação desse “nível básico” de assistência médica, traz a perspectiva das “demandas de saúde de primeira necessidade”, ou seja, aquelas na quais a vida humana encontra-se em risco iminente, seja mediata ou imediatamente. Destarte, se compreendermos que as denominadas “demandas de saúde de primeira necessidade” são o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, tornar-

se-á mais provável o oferecimento de parâmetros mais seguros para a ingerência judicial diante de falhas da Administração Pública no cumprimento de seus deveres constitucionais.

Quanto às “demandas de saúde de segunda necessidade”, que não se relacionam ao risco da perda de vida humana de forma mediata ou imediata, será cabível a ponderação e mesmo a utilização do argumento da reserva do possível diante de dificuldades orçamentárias, já que aquelas são relacionadas ao direito à saúde como norma-princípio.

Além disso, também na tentativa de trazer parâmetros racionais para a resolução da questão acerca da abrangência núcleo essencial do direito à saúde e do mínimo existencial, deve-se destacar as Jornadas de Saúde do Conselho Nacional de Justiça e o Projeto de Lei n. 8058/2014. Sinteticamente, ambos almejam apresentar critérios para maior racionalidade argumentativa para solução de lides sobre o tema.

Por conseguinte, a partir dessa compreensão de núcleo essencial do direito fundamental social à saúde – através das contribuições da noção de “demandas de saúde de primeira necessidade”, das Jornadas de Saúde do Conselho Nacional de Justiça e do Projeto de Lei n. 8058/2014 – o procedimento argumentativo jurisdicional poderá ser mais controlado, criticado e contra-argumentado pela sociedade, o que é de importância primordial na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-38

_____; SILVA, Rogério Luiz Nery da. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: _____, p. 165-178.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 133-160.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 159-187.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. *Projeto de Lei n. 8.058, de 2014*. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1284947.pdf>>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. *O direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?* 2012. Tese (Doutorado em Direito). 497 f. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. A eficácia do direito à saúde. *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 16, v. 1, jun. 2013, p. 77-105.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Natascha Alexandrino de Souza. *Direito subjetivo ao mínimo existencial: uma análise comparativa entre Brasil e México*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). 99 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora-MG. 2016.

JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 2., 2015, São Paulo. *Enunciados Aprovados na II Jornada de Direito da Saúde*. São Paulo: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2015. 4 p.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

MYAMOTO, Yumi Maria Helena; COURA, Alexandre de Castro. Controle jurisdicional de políticas públicas e mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi, STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 77-90.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição (1946). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 161-178.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n.1, out./dez. 2007, p. 171-213.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Juris*, ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p. 79-104.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). 260 f. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2009.

SCHULZE, Clenio Jair. *O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde*. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_10B.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2016.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Núria Belloso. *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 821-834.