

A EFICÁCIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Luciana Gaspar Melquíades Duarte¹

*Professora Adjunta de Direito Administrativo e Constitucional da UFJF
Mestre e Doutora em Direito Público pela UFMG*

RESUMO

Este artigo tem por escopo oferecer parâmetros acerca da eficácia do direito social à saúde e das possibilidades e limites da ingerência judicial nas políticas públicas a ele afetas. Sob o lume da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (2003), pretende-se sustentar que tal direito encontra-se vazado numa norma-princípio, e que, assim, admite concreção gradual, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas representadas pela escassez de recursos financeiros, técnicos e de outras naturezas, bem como pelos demais direitos fundamentais eventualmente colidentes e pelas limitações constitucionais ao poder de tributar, que cerceiam a capacidade estatal de angariar recursos. Sob a metodologia dedutiva e mediante uma pesquisa qualitativa valendo-se de fontes indiretas, afirma-se, porém, que, o núcleo essencial do direito à saúde confunde-se com a proteção da vida humana, que, por sua vez, é veiculado por norma-regra, compelindo o Estado à sua proteção integralmente, salvo nos casos das exceções constitucionais. Desta forma, diante de uma demanda de saúde de primeira necessidade, assim nominadas aquelas imprescindíveis para a preservação da vida humana, a Administração Pública estaria compelida à providências necessárias para a garantia de sua eficácia, mormente através da contemplação, na lei orçamentárias, de verbas suficientes para tanto. Qualquer omissão pública diante de demandas de saúde desta natureza devidamente comprovadas caracterizariam conduta inconstitucional, apta, portanto, a ensejar a devida intervenção do Judiciário, inclusive mediante a concessão de liminares nos casos de urgência. Nas hipóteses, porém, em que o direito a saúde escapar à correlação com a preservação da vida, caracterizará as chamadas demandas de saúde de segunda necessidade, que deverão ser cotejadas com os demais direitos fundamentais no processo de definição de prioridades a ser levado a cabo tanto pela Administração Pública quanto pelo Judiciário, cuja intervenção, nestas oportunidades, apenas far-se-á devida diante de manifesto equívoco no processo de ponderação efetuado pela entidade executiva.

Palavras-chave: direito à saúde; eficácia; judicialização

ABSTRACT

This article has the purpose to provide parameters on the effectiveness of the social right to health and the possibilities and limits of judicial intervention in its public policies. Under the light of the Theory of Fundamental Rights of Alexy (2003), we intend to argue that the right is a standard cast-principle, and thus admits gradual concretion, according to the factual and legal possibilities represented by the scarcity of financial, technical and other natures, as well as the other fundamental rights and

¹ E-mail: lg.melquiades@uol.com.br

the possibly conflicting constitutional limitations to the power to tax, which curtail state capacity to raise resources. Under the deductive methodology and qualitative research by drawing on indirect sources, it is said, however, that the core of the right to health is intertwined with the protection of human life, which, in turn, is transmitted by standard-rule compelling the State to protect its entirely, except in cases of constitutional exceptions. Thus, before a demand for health necessities, those nominated so essential to the preservation of human life, public administration would be compelled to necessary measures to guarantee its effectiveness, especially through contemplation, the budget law, funds enough to do so. Any failure on the public health demands duly proved characterize such conduct unconstitutional, able, therefore, to give rise to the appropriate judicial intervention, including by granting injunctions in cases of urgency. In case, however, that the right to health escape correlation with the preservation of life, feature calls health demands of second need, which should be collated with other fundamental rights in the process of setting priorities to be carried out both by the public and by the judiciary, whose intervention in these opportunities, just far will be due on manifest mistake in the weighting process conducted by the executive body.

Keywords: right to health; effectiveness; judicialization

1 INTRODUÇÃO

A eficácia do direito social à saúde consiste em um problema jurídico cuja solução avulta em importância, haja vista a grande demanda judicial que implica. Com efeito, a Constituição (BRASIL, 1988) assegura, em seus artigos 196 a 198, a sua universalidade, instituindo um sistema único que tem por escopo garantir ao indivíduo o acesso efetivo à saúde, através das políticas públicas elaboradas pelas entidades estatais.

Não obstante, ante a sua insuficiência ou natural limitação, decorrente da própria limitação dos recursos públicos e concorrência com as demais obrigações estatais, percebe-se uma intensa provocação do Judiciário para compelir a Administração Pública ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos e hospitalares que o indivíduo, por si só, não logrou êxito em ver satisfeitos.

O Poder Judiciário, por sua vez, encontra-se, não raro, despreparado para o enfrentamento destas questões em virtude de deparar-se mais frequentemente com pleitos particulares, que não lhe permitem uma percepção clara das possibilidades

administrativas e da real necessidade individual. Já a Administração Pública frequentemente angustia-se diante da elevada expectativa de provimento, por ela, dos direitos fundamentais e da limitação fática e jurídica que possui para a sua satisfação integral.

Este trabalho tem por escopo estabelecer parâmetros para a delimitação do direito individual à saúde e, assim, orientar a Administração Pública no estabelecimento de suas políticas públicas de saúde e o Judiciário na prolação de suas decisões pertinentes ao mesmo direito.

Sob a referência da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2002), percebe-se que o direito à saúde, na maneira como é gizado constitucionalmente, caracteriza-se como norma princípio, concebida pelo autor como um mandado de otimização, a ser implementado na medida das possibilidades fáticas e jurídicas. Desta forma, o direito à saúde abstratamente considerado consiste tão somente em um direito *prima facie*; a existência do direito definitivo apenas pode ser afirmada no caso concreto, após o exame das viabilidades de fato e de direito.

É certo, porém, que, como todo direito fundamental, o direito à saúde possui um núcleo essencial cuja implementação é inafastável; no que disser respeito a ele, existirá um direito definitivo, caracterizado, portanto, como norma-regra, concebida por Alexy (2003) como um comando absoluto de dever-ser, salvo diante das exceções expressamente disciplinadas. A doutrina diverge ante a consideração do núcleo essencial dos direitos fundamentais como rígido, caracterizado pela sua definição de maneira estanque e apriorística, ou relativo, que enseja a sua demarcação apenas diante do caso concreto. Considera-se a relatividade do núcleo essencial a única concepção factível; diante dos custos dos direitos, paradoxalmente em épocas de crise, quando existe mais demanda dos indivíduos pelo auxílio público para a implementação dos direitos fundamentais, maiores são as dificuldades do Estado em provê-los.

Ainda que se adote a teoria relativa para o custo dos direitos, é proposta do presente trabalho oferecer critérios para a sua demarcação, uma vez que, diante deles, será possível a conclusão pela existência ou não de um direito subjetivo a ser demandado do Estado, perante a Administração Pública ou em juízo. A doutrina

nacional aceita a existência de dois critérios: o da essencialidade da demanda e o da urgência. O primeiro, todavia, apresenta grande dificuldade de contorno: diante da relevância da saúde humana, o que não seria essencial? O segundo, por sua vez, falha ao apenas conceber como direito definitivo a prestação estatal que socorre o direito à vida quando este se encontra na iminência de perecer. A proposta deste trabalho é apresentar o núcleo essencial do direito à saúde como todas as prestações que protegem, mediata ou imediatamente, a vida humana, a que se deu o nome de *demandas de saúde de primeira necessidade*. Este critério fundamenta-se na qualificação da vida humana como o bem jurídico de maior relevância em virtude de ser ela, vida humana, a condição para a fruição de todos os demais direitos. Possui a vantagem de permitir sua densificação mediante um critério médico (necessidade da prestação estatal para a proteção da vida humana) e de não exigir a exposição da vida humana a risco iminente, como ocorre no critério da urgência.

As demais prestações estatais afetas à saúde porém desgarradas da manutenção da vida humana restariam qualificadas como *demandas de saúde de segunda necessidade*, que, excluídas do núcleo essencial do direito à saúde, concorreriam com os demais direitos fundamentais na disputa pelos recursos públicos (financeiros, humanos e de outras naturezas) necessários para a sua eficácia. A delimitação desses direitos em caráter definitivo apenas será possível no caso concreto, sob o viés da essencialidade à dignidade humana e diante das possibilidades fáticas do Poder Público de provê-las de maneira universal. Assim, as *demandas de saúde de segunda necessidade* deverão ser classificadas concomitantemente aos demais direitos fundamentais sob o critério aludido e, após, submetidas ao filtro das disponibilidades estatais; aquelas qualificadas como mais essenciais e faticamente viáveis também merecerão o enquadramento como direitos definitivos, ensejando a obrigatoriedade da sua disponibilização por políticas públicas igualitárias cuja ausência permitirá a ingerência judicial.

A metodologia qualitativa de pesquisa, com o emprego de fontes indiretas, permitiu a assunção das conclusões ora expostas, mediante a revisão da literatura abaixo referenciada. Importa salientar que o objetivo geral da pesquisa, afeto à obtenção de parâmetros para a definição do direito à saúde em caráter definitivo, apto

a ser exigível em políticas públicas universais e, em caso de sua ausência, em juízo, foi alcançado mediante a satisfação paulatina dos objetivos específicos, como o estudo da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2002) mediante confronto com as críticas de outros autores, o exame da positivação do direito à saúde no ordenamento constitucional brasileiro, a análise das decisões dos tribunais pátrios, mormente do Supremo Tribunal Federal, acerca dos direitos em questão e a apreciação de temáticas afins à ora enfrentada, como o argumento da reserva do possível e o princípio da separação dos poderes.

2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY (2003)

Os direitos fundamentais consistem na coluna vertebral do Estado Constitucional, que edifica a sua estrutura de ação e inação para que os indivíduos possam fruí-los na maior medida possível. Várias expressões são utilizadas para designá-los, como direitos do homem, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos humanos fundamentais, entre outras, sendo certo que eles encontram-se umbilicalmente ligados aos direitos humanos, desde as suas raízes, na história das ideias políticas, mormente no que diz respeito ao valor imanente dos homens e à igualdade entre eles; consistem, assim, em sua vertente positivada constitucionalmente, mediante atribuição da dimensão normativa da fundamentalidade, a que Canotilho (2002, p. 379) atribuiu, no plano formal, quatro dimensões relevantes, quais sejam, as de serem no grau superior da ordem jurídica; a de, como normas constitucionais, encontrarem-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; a de constituírem limites materiais da própria revisão e, por fim, a de, como normas dotadas de vinculatidade imediata dos poderes públicos, constituírem parâmetros materiais de decisões e controlo dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Segundo Alexy (2003, pág. 30), a institucionalização dos direitos humanos como fundamentais é um exemplo paradigmático do intercâmbio entre as ideias e a

realidade e, portanto, entre a teoria e a prática. Partindo da concepção de direito fundamental como um direito humano positivado constitucionalmente, o autor (ALEXY, 2002, p. 47) registra que sua existência depende de uma norma que outorga este direito. O conceito de norma de direito fundamental decorre, portanto, do conceito de norma, que o autor formula como sendo o significado de um enunciado que ordena, permite, proíbe ou autoriza uma conduta; a norma será, portanto, um imperativo ou modelo de comportamento que, ou é realizado ou, em caso de sua não realização, tem como consequência uma reação social, uma expressão de determinada forma ou regra social.

A norma, portanto, difere do enunciado normativo e norma; ela é mais que seu texto literal; está determinada também por sua realidade social. Uma mesma norma pode ser veiculada por diferentes enunciados normativos ou independentemente deles, como no caso dos princípios implícitos de um ordenamento jurídico, ou um enunciado normativo pode não conter, sozinho, nenhuma norma, carecendo de ser interpretado em conjunto com outros para vir a tê-lo. Este conceito semântico de norma de Alexy (2002) aproxima-se do de Kelsen (2003b, p. 4), que a considera como esquema de interpretação. Assim, no que diz respeito às normas de direitos fundamentais, isto significa que são garantias de proteção objetivamente cunhadas, de complexos individuais e sociais concretos de ação, organização e matéria.

2.1 A estrutura normativa dos direitos fundamentais

Para a compreensão da estrutura das normas de direito fundamental, deve-se proceder, inicialmente, à distinção estrutural entre regras e princípios, espécies do gênero “norma”, impreterível para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, como seu papel no ordenamento jurídico, seus limites e a solução das colisões.

O autor cita vários critérios utilizados, com frequência, para a distinção de regras e princípios, iniciando pelo da generalidade, segundo o qual os princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, ao contrário das regras, cujo grau de generalidade seria relativamente baixo. Um segundo critério de distinção é o da determinabilidade dos casos de aplicação, que distingue as normas criadas das normas desenvolvidas. Outro critério os difere considerando os princípios como fundamentos para as regras e estas como comandos deônticos propriamente ditos.

Considerando estes critérios, Alexy (2002, p. 85) coloca três possíveis conclusões: o intento de dividir as normas em duas classes, de regras e princípios, seria vão devido à pluralidade realmente existente; a distinção que existe entre eles é apenas de grau de generalidade ou a diferença entre eles não é apenas de grau, mas também qualitativa. Para ele, a última proposta considera-se correta, uma vez que regras e princípios são normas que apresentam entre si uma diferença estrutural.

Os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.” Os princípios são, portanto, “mandados de otimização, que se caracterizam pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus” (ALEXY, 2002, p. 86). O âmbito das possibilidades jurídicas de sua realização “é determinado pelos princípios e regras opostos.”

Ao revés, “as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não; se uma regra for válida, dever-se-á fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2002, p. 87). Assim, as regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos. Com estas distinções, o autor conclui que a diferença entre regras ou princípios é qualitativa e não apenas de grau.

Dworkin (2002) propõe ainda um modelo normativo composto de regras e princípios, cuja diferença é de natureza lógica. Também para ele, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então, a regra é válida, e neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39). Já os princípios, segundo ele, não funcionam desta forma. Para ele, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, 2002, p. 42). Dessa forma, afirma o autor que o Direito sempre oferece os padrões de decisão necessários, até mesmo para os casos difíceis, e que ao aplicador cabe, tão somente, descobrir, valendo-se de um instrumental técnico-teórico adequado, a solução correta para cada caso, e não criá-la. Com isso, Dworkin (2002, p. 54) refuta, com veemência, a concepção positivista de que “se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário”.

O conflito entre regras, segundo Alexy (2002, p. 87) é solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas ou com a declaração da invalidade de uma das colidentes. Registre-se, por oportuno, que, ao revés do conceito de invalidade social, o conceito de invalidade jurídica não é graduável; assim, uma norma é válida juridicamente ou não. Se uma regra for válida, imperativa será a aplicação de sua consequência jurídica, não podendo haver no ordenamento jurídico dois juízos de dever ser contraditórios. Portanto, se um conflito de regras não puder ser solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, alguma deverá ser declarada inválida.

A declaração de invalidade de uma regra apenas poderá ser feita com base nas regras *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, ou ainda de acordo com a hierarquia das regras em conflito, assim como o fez o autor. Tais propostas para a solução do conflito entre regras também são formuladas por Dworkin (2002, p. 43), que, porém, acrescenta que “um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”. Com isso, o autor rememora que os princípios são razão para as regras e que, assim, quando duas

conflitarem, deve-se extrair o princípio que a orienta, para, então, sopesá-los. O princípio com maior peso determinará a prevalência da regra orientada por ele.

Alexy (2003) consigna que o sopesamento de dois princípios conduz a uma regra e que, portanto, o raciocínio a contrario sensu é possível: as regras são o resultado de uma ponderação entre princípios. Desta forma, quando o significado de uma regra for duvidoso, poder-se-á recorrer aos princípios que lhe deram gênese. Nesta oportunidade, a subsunção a uma regra poderá contemplar o sopesamento de princípios. Assim, verifica-se que as regras são, como pretende Ávila (2004, p. 36), passíveis de ponderação entre elas à medida que suas razões podem ser sopesadas. Os casos em que uma regra parece afastar a aplicabilidade de outra contemplam, na verdade, exceções à primeira regra, o que não retira, conforme consigna Alexy (2002), a validade de nenhuma delas.

Portanto, resta claro que os princípios, assim como as regras, devem ser descritos como normas *prima facie*, embora seu caráter deontológico seja diferente, uma vez que o caráter *prima facie* é ainda mais acentuado e simplesmente não existe qualquer determinação de suas hipóteses normativas. A diferença no caráter *prima facie* dos princípios está no fato de que as regras, para deixarem de ser cumpridas, necessitam que se introduza uma cláusula de exceção (Alexy, 1986, p. 100), o que não acontece com os princípios. (...)

Os princípios possuem uma dimensão de peso, e podem ser cumpridos em graus diferentes. Por isso, pode-se dizer que eles têm um caráter *prima facie* muito mais acentuado, pois sua superabilidade (em face dos princípios opostos) é natural e imanente às situações de aplicação, eis que a todo momento os princípios são restringidos ou maximizados, tanto pelo legislador quanto pelo juiz. As regras, por seu turno, não possuem essa dimensão de peso ou importância, mas descrevem hipóteses que, salvo situações excepcionais, levam a consequências certas e determinadas. Seu caráter *prima facie* é menos acentuado, pois sua superabilidade é excepcional. Princípios são normas teleológicas – classe não originalmente vislumbrada por Kelsen; regras são normas hipotéticas.

2.2 Os direitos fundamentais sociais

Resta, portanto, analisar os direitos fundamentais sociais, entre os quais se situa o direito à saúde. Alexy (2002, p. 426) ressalta que a polêmica sobre os direitos sociais está caracterizada por diferenças de opinião sobre o caráter e as tarefas do Estado, do Direito e da Constituição, bem como sobre a valoração da situação atual da sociedade, englobando problemas de redistribuição de riqueza, com todas as controvérsias políticas que isto implica. Além disso, segundo ele, frequentemente se assiste a confusões conceituais, dogmáticas e terminológicas sobre os mesmos.

Para espancar as dúvidas, o autor conceitua os direitos a prestações em sentido amplo como direitos a uma ação do Estado, a um ato positivo, que pode ser desde a proteção de um cidadão perante outro através de normas de direito penal, até as normas de organização e procedimento ou mesmo prestações em dinheiro e bens. A expansão do conceito de direito a prestações justifica-se, segundo ele, porque considera que muitos direitos fundamentais sociais podem ser vistos como direitos a prestações fáticas ou direitos a prestações normativas. Assim ocorre, por exemplo, em relação ao direito à proteção ambiental. Além disso, sobre o direito a prestações positivas recaem problemas que não existem ou não pesam com a mesma intensidade sobre os direitos a ações negativas, que impõem ao Estado limites na persecução de seus objetivos. Os direitos positivos, ao revés, impõem-lhe determinados objetivos a serem perseguidos, restando a polêmica sobre se e em que medida isto deve ser feito mediante outorga de direitos subjetivos aos cidadãos.

Alexy (2002, p. 430) classifica os direitos à prestação em sentido amplo em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. Estes serão direitos fundamentais apenas se tratarem de direitos subjetivos constitucionais. O direito fundamental à saúde situa-se entre os direitos à prestação em sentido estrito.

Os direitos a prestações em sentido estrito são, segundo Alexy (2002, p. 482) “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuir meios financeiros suficientes e se encontrar no mercado uma oferta suficiente – poderia

obtê-lo também de particulares”. Alguns são explicitamente estatuídos e outros são extraídos interpretativamente. Apesar das distinções que possuem, congregam as mesmas características e conteúdos. Leivas (2006, p. 88) ressalta, porém, a necessidade de se acrescentar o caráter importância, já que nem tudo a ser encontrado no mercado pode ser objeto de um direito fundamental social. Segundo o autor, “os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar” (2006, p. 88).

Os direitos sociais são vazados em normas que, do ponto de vista teórico-estrutural, podem apresentar-se das seguintes formas: podem outorgar direitos subjetivos ou obrigar o Estado apenas objetivamente; podem ser vinculantes ou não-vinculantes (programáticas); podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*. Além disso, possuem uma diferença de conteúdo, que varia do mínimo ao máximo. Segundo Alexy (2002, p. 485), um conteúdo minimalista preocupa-se em assegurar ao indivíduo tão-somente o indispensável à vida, ao passo que o conteúdo maximalista preocupa-se com a realização plena de todos os direitos fundamentais. Destas variedades, propõe o autor que os direitos sociais não podem ser tratados apenas do ponto de vista do “tudo ou nada”, devendo a proposta de sua sustentação ser calcada no modelo regra/princípio.

Alguns argumentos são articulados a favor dos direitos fundamentais sociais ou contra eles. Um argumento favorável repousa na necessidade de sua concreção para o alcance da liberdade plena, que não prescindiria da realização dos bens materiais e espirituais para a autodeterminação. Nas modernas sociedades industriais, a liberdade depende essencialmente de prestações estatais. Esta tese é apenas um ponto de partida, já que os direitos fundamentais são consagrados constitucionalmente e a existência da própria Constituição já é um pressuposto de liberdade política. Ademais, ressalta-se a importância dos direitos sociais para a promoção da dignidade humana, para a melhor repartição da riqueza e, portanto, para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Contra, porém, os direitos sociais, encontram-se argumentos formais e materiais. O argumento formal aduz que, se os direitos fundamentais sociais são

vinculantes, conduzem ao início da política social legislativa obrigando até o judiciário. O ponto de partida desse argumento é a constatação de que o conteúdo dos direitos sociais é muito impreciso, gerando dificuldades tanto para os tribunais quanto para a ciência do direito. Alexy (2002, p. 490) expõe que esta consideração impinge a conclusão de que “se o direito carece de pautas suficientes, então a decisão acerca do conteúdo dos direitos fundamentais sociais é um assunto da política”. Como um desdobramento de seu apontamento, o autor indica que o argumento formal conduz à ilação de que “[...] de acordo com os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais não recai na competência dos tribunais de justiça mas nas mãos do ‘legislador diretamente legitimado pelo povo’”, de forma que “[...] os tribunais podem decidir no âmbito dos direitos fundamentais sociais só se o legislador já houver decidido” (ALEXY, 2002, p. 491).

Já o argumento material contrário aos direitos sociais considera que os mesmos colidem com normas constitucionais materiais de liberdade, já que, para que o Estado os concretize, deve tributar. Segundo o autor, “todos os direitos fundamentais sociais são muito caros. No cumprimento dos direitos fundamentais sociais, o Estado pode distribuir só aquilo que, sob a forma de taxas e impostos, retira de outros” (ALEXY, 2002, p. 493). Assim, a limitação no oferecimento dos direitos sociais pelo Estado resulta não apenas da escassez dos recursos financeiros, mas da própria limitação imposta a ele na obtenção dos meios necessários para oferecê-los sem lesionar os direitos fundamentais de seus proprietários. Percebe-se, portanto, a colisão entre os direitos fundamentais de uns e os direitos de liberdade de outros titulares de direitos fundamentais, bem como o conflito entre os direitos de liberdade e os direitos sociais do mesmo titular.

Registre-se, contudo, que, como, para o autor, os direitos fundamentais de segunda dimensão têm a importante tarefa assegurar mínimas condições de vida àqueles que se encontrarem flagelados diante de uma determinada organização social, os direitos de liberdade e de propriedade limitados pelos direitos sociais não devem impedir que este escopo seja alcançado, uma vez que ele é indissociável dos preceitos de justiça, equidade e humanismo. Com base nestas constatações, o autor formula um

modelo de direitos fundamentais sociais, partindo do pressuposto de que são direitos fundamentais e, portanto, vazados em normas constitucionais, visto que sua outorga não poderia ficar ao alvedrio do Legislativo.

Para Alexy (2002, p. 494), a “definição de quais direitos sociais que o indivíduo possui “é uma questão de ponderação entre princípios”. Oferece, entretanto, parâmetros para esta ponderação, diante dos quais o direito social estaria garantido definitivamente. Isto dar-se-á quando:

- exigi-lo muito urgentemente o princípio da liberdade fática e;
- o princípio da separação de poderes e da democracia (que inclui a competência pressuposta do parlamento) assim como princípios materiais opostos (especialmente aqueles que apontam a liberdade jurídica de outros) são afetados de maneira relativamente reduzida através da garantia jusfundamental da posição de prestação jurídica e das decisões do Tribunal Constitucional que a levam em conta. (ALEXY, 2002, p. 495)

Serão ponderados, para tanto, o princípio da liberdade fática, que aponta no sentido de que o patrimônio do indivíduo deve ficar a sua disposição para que possa geri-lo livremente, de acordo com suas conveniências, os princípios formais da decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação do poderes, que permitem ao Legislativo a formulação de políticas públicas de demarcação do âmbito de existência dos direitos sociais e a instituição de tributos para o seu custeio. Outros princípios igualmente submetidos à ponderação são o da liberdade dos demais, o dos direitos fundamentais sociais e o dos bens coletivos.

De qualquer forma, a prestação jurídica estará definitivamente garantida quando o princípio da liberdade fática o exigir de forma veemente e os princípios materiais opostos (da separação de poderes e da democracia, mormente os que implicam a liberdade de outros) forem afetados numa medida relativamente baixa. Como já afirmado, em relação ao núcleo essencial do direito social, afirma-se a exigência do princípio da liberdade fática e sua existência definitiva, ainda que isto implique elevados gastos.

Holmes e Sunstein (1999) ratificam esta assertiva citando um julgado da Suprema Corte americana de 1976 que reconheceu que o interesse governamental de preservar recursos fiscais escassos deveria ser sopesado com o direito individual ao

devido processo legal, argumentando que o benefício da garantia processual à pessoa afetada pela Administração para garantir uma ação justa possui valor maior que seu custo. O conteúdo mínimo dos direitos fundamentais limita a competência do legislador, chegando até mesmo, no caso de direitos de custo mais elevado, a afetar esta competência pressuposta.

O fato de que os direitos fundamentais *prima facie* não correspondem a direitos definitivos não lhes retira a vinculatividade, reconduzindo-os ao superado paradigma da programaticidade, já que sua validade normativa não depende das maiores ou menores possibilidades de sua realização. Porém, ressalta Alexy (2002, p. 498) que a cláusula da reserva do possível, enquanto restritiva deste direito, não tem como consequência sua ineficácia, mas, simplesmente, demonstra a necessidade de sua ponderação.

Desta forma, não caberá a intervenção judicial quando os direitos sociais tiverem sido suficientemente satisfeitos, apenas havendo competência do Judiciário perante os direitos definitivos não implementados. Estes, os parâmetros teóricos que nortearão o controle da eficácia do direito social à saúde. Não se extrai do art. 196 da Constituição (BRASIL, 1988) um direito absoluto às prestações estatais de saúde, mas tão-somente um direito *prima facie*, cuja densificação dependerá do resultado de sua ponderação, guiada pelo vetor da proporcionalidade, com os outros direitos sociais igualmente consagrados pela magna carta e com o princípio da propriedade. Ressalva-se, apenas, da afetação por esta consequência, o momento em que o direito social à saúde coincide com a proteção do direito à vida (demandas de saúde de primeira necessidade), quando será demonstrada a vinculatividade máxima do Poder Público.

3 EFICÁCIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

3.1 O direito à saúde

A sistematização do direito à saúde como uma das necessidades do ser humano e de um povo, presente já no começo do século XIX, deu-se, em caráter definitivo após o término da segunda guerra mundial. A sociedade do pós-guerra, alijada de seus líderes, estrutura e riqueza, forjou um consenso personificado na Organização das Nações Unidas, que incentivou a criação de órgãos especiais destinados à promoção e garantia de alguns direitos considerados essenciais aos homens, como a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Muitas vezes, outrossim, o direito à saúde produz repercussões sobre o direito à vida, como anteriormente dito; o direito à saúde contempla o valor protegido pelo seu corolário direito à vida e o expande, abraçando outras prestações que promovem o aumento do bem-estar do homem e, portanto, uma vida digna. Esta constatação dá ensejo a uma divisão didática a que se procede, de extrema relevância para as conclusões que se edificarão. Para designar as prestações estatais imprescindíveis à garantia do direito à vida, inerente ao direito à saúde, cunha-se a expressão *demandas de saúde de primeira necessidade*. O termo justifica-se pela sua importância maior, já que sua satisfação será indeclinável para a preservação da vida humana. Em seu conceito, estarão abrangidas todas as prestações estatais, urgentes ou não, divisíveis ou indivisíveis, módicas ou vultosamente onerosas, preventivas ou terapêuticas, necessárias para a sobrevivência. Serão marcadas por sua elevada essencialidade e, assim, pela imprescindibilidade. Ilustram o conceito formulado, portanto, a distribuição de remédios contra a hipertensão, cuja ausência de ministração pode resultar em um acidente vascular-cerebral fatal. De igual sorte, 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. incluem-se nas *demandas de saúde de primeira necessidade*.

Para aludir às prestações estatais aptas a aumentar o bem-estar físico, mental e social do homem e, portanto, igualmente contempladas pelo direito à saúde, porém, desconexas da preservação da vida, será usada a expressão *demandas de saúde de segunda necessidade*. Estas serão correlacionadas como a dignidade humana e, assim, plenamente dotadas de jusfundamentalidade, distinguindo-se da primeira tão-

somente por não terem implicação direta com a manutenção da vida humana. Poderão, entretanto, ter essencialidade variada. Por exemplo, uma vacina contra uma doença que não seja letal, mas que implique em sérias deformidades ou prejuízos para as aptidões motoras será considerada uma demanda de saúde de segunda necessidade de elevada essencialidade. Ao revés, um tratamento contra a acne será considerado uma demanda de saúde de segunda necessidade de baixa essencialidade.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental social ou de segunda dimensão, representa um importante instrumento de promoção da equidade, diante de um sistema capitalista, que, por natureza, é injusto. Ao serem custeados com tributos arrecadados daqueles que possuem riqueza, os direitos sociais representam, pois, importante instrumento de redistribuição de renda e, assim, de diminuição da desigualdade social. Desta maneira, os direitos sociais devem ser destinados, sobretudo, àqueles que, explorados em sua força de trabalho, não possuem sequer condições de prover o mínimo necessário a uma vida digna. Rawls (2008), a despeito de preconizar o liberalismo político, considera que as políticas de saúde pública são importantes para a produção de efeitos distributivos, e, assim, para a promoção da justiça social, concebida por ele como a viabilização, pelo Estado, de igualdade de condições para que cada um desenvolva plenamente suas aptidões e alcance o status social devido, de acordo com o seu merecimento. De fato, a saúde (mormente a vida, seu desdobramento) consiste no pressuposto mínimo para que cada indivíduo possa empenhar a sua capacidade em prol de seus objetivos, de forma que sua ausência implica, por si só, injustiça.

Como direito fundamental social, o direito à saúde enquadra-se, como foi visto, na categoria normativa de princípio (ressalvando, sempre, a existência de um nível de vinculação próprio das regras), ou seja, numa norma que tem como conteúdo um mandado de otimização de um dado valor num ordenamento jurídico, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Consiste, portanto, num direito *prima facie*, que poderá ser concretizado em diversos graus, dependendo a sua realização do nível maior ou menor das viabilidades fáticas, sobretudo da existência de recursos, e das possibilidades jurídicas, ou seja, da solução do conflito com outros direitos. Como regra, albergará um comando definitivo a ser cumprido pelo Estado.

Certo é que limitações fáticas (recursos escassos) e jurídicas (princípios opostos) implicarão restrições ao direito à saúde. Cabe, porém, verificar os limites dessas restrições, quando emergem os postulados da proporcionalidade e da concordância prática, da proteção do núcleo essencial e da generalidade, abstração e irretroatividade da lei limitadora. Importa, portanto, para demarcar o conteúdo essencial do direito à saúde, proceder a um exame, sob o lume da proporcionalidade e da concordância prática, do conflito abstrato que pode surgir entre o direito à saúde de uns e o direito a saúde de outros ou entre o direito a saúde e os demais direitos sociais. Necessário se torna, ainda, o estudo do conflito do direito à saúde com princípios constitucionais financeiros, que impõem a higidez das contas públicas, o planejamento orçamentário das despesas e que limitam a competência tributária do Estado.

Apontam os autores que os direitos sociais poderão sofrer restrições, respeitado, entretanto, o núcleo essencial de cada um. Porém, qual o seu núcleo essencial? Qual o *standard* mínimo de concreção de um direito que se pode exigir do Estado? Estas são as perguntas que se pretende responder em relação ao direito à saúde, com o importante propósito de já delimitar algumas hipóteses em que o direito à saúde existirá com caráter definitivo e permitirá, portanto, a ingerência judicial diante da omissão do Poder Público.

3.2 Núcleo essencial do direito à saúde

Enquanto direito fundamental individual, o direito à vida traduz o respeito ao valor imanente do homem e à igualdade entre eles e consiste, assim, em uma de suas vertentes positivada constitucionalmente, com a atribuição, a eles, da dimensão normativa da fundamentalidade. Neste diapasão, a Constituição (BRASIL, 1988) consagrou o direito à vida em seu art. 5º, estatuidando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida”, entre outros

direitos, vedando, para tanto, no inciso XLVII do mesmo artigo, a pena de morte, “salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

De ver-se, portanto, que o direito à vida fora consagrado como inviolável, por terceiros ou pelo Estado, o que foi corroborado pela legislação penal, ao apresentar, como primeiro crime da parte especial do código penal – ou seja, em posição topográfica de maior destaque - o de homicídio. Apresentou, porém, como causa de diminuição de pena, a prática do delito por motivo de relevante valor moral e, como homicídio qualificado, sujeito ao incremento da penalidade, aquele cometido em circunstâncias que dificultem ou tornem impossível a defesa do ofendido. No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão. Ademais, o código penal tipificou as condutas de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, instituindo, ainda, uma causa de aumento de pena o cometimento do crime quando a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. Demonstra, com isso, a importância dos aspectos morais para o Direito no que diz respeito ao direito à vida, o que corrobora a preocupação ética que conduzirá a proposta da solução de alguns dos conflitos protagonizados pelo direito à saúde.

De igual forma, a legislação penal repreende o infanticídio e o aborto provocado com ou sem o consentimento da gestante, revelando a proteção jurídica da vida pela legislação ordinária de forma geral, inclusive da uterina. Permite, porém, o sacrifício da vida de terceiro nas situações caracterizadas como de legítima defesa e estado de necessidade, hipótese na qual se enquadra o aborto quando a vida da mãe se encontra em risco, reconhecendo, portanto, hipóteses especiais em que não se faz possível a preservação da vida de todos. Discriminaliza, ainda que erradamente, o aborto resultante de estupro, de forma a proteger o livre arbítrio da mãe.

Qualquer que seja, portanto, a corrente jus-filosófica perfilhada pelo operador do direito em relação à vida humana, ter-se-á claro que a vida é um direito do homem oponível aos seus pares e às instituições públicas e privadas, que terão, para com ele, o dever de sua preservação, o que se confunde com o direito à existência e à integridade física e moral. A ninguém – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – será lícito deixar de manter a vida de alguém, quando ele o desejar. Disso

resulta, pois, que o direito à vida, perante a Constituição (BRASIL, 1988), é veiculado por uma regra, que admite como exceção, na alínea a do inciso XLVII do art. 5º (BRASIL, 1988), a pena de morte, em caso de guerra declarada.

Podem-se acrescentar, ainda, às exceções ao direito à vida as circunstâncias de estado de necessidade ou legítima defesa da vida, própria ou de outrem, desde que estas circunstâncias se encontrem, de fato, caracterizadas, mediante rigorosa análise exigida pelo ordenamento jurídico posto, norteadas, sobretudo, pelo postulado da proporcionalidade.

Não se olvide que, consoante definição de Alexy (2002, p. 87), “as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não; se uma regra for válida, dever-se-á fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível”. Enquanto regra, portanto, o direito à vida precisa, necessariamente, de ser cumprido, salvo se for declarada uma norma inválida. Isto, contudo, não se revela possível, considerando a natureza constitucional originária dos dispositivos que a abrigam - Constituição (BRASIL, 1988), arts. 5º e 196 (BRASIL, 1988) e a consolidada recusa, na doutrina e na jurisprudência pátria, da tese de Bachof (1994) sobre a inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias.

Como regra válida, portanto, e afora suas exceções (contempladas na teoria de ALEXY, 2002, p. 87), o direito à vida deve ser observado, parafraseando Dworkin (2002, p. 39), “à medida do tudo ou nada”. Assim, dada uma hipótese fática em que o indivíduo postula reconhecimento de seu direito à vida ao Estado, a única solução jurídica correta para a espécie será a que resultar na aplicação integral da regra (já que sua aplicação à medida do nada ficaria reservada para as hipóteses em que a regra não for válida). Sua preservação será, portanto, o núcleo essencial do direito social à saúde, enquadrando-se na hipótese de Alexy (2002, p. 485) de normas de direitos fundamentais que albergam direitos não apenas *prima facie*, mas definitivos, confundindo-se, portanto, com uma regra.

Assim, 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. Reafirme-se, por precípuo, que o núcleo essencial é um âmbito em que o direito social galga a almejada definitividade, independentemente de ponderação com os princípios opostos, deixando de ser norma meramente *prima facie* para vincular os poderes públicos a sua concreção.

Desta sorte, quando cotejados com a vida humana, os recursos financeiros não podem merecer maior peso. Realmente, com a assunção do Pós-Positivismo, o Direito aproximou-se da moral, incorporando, como normas, valores que, no Positivismo jurídico, não passavam de supressores de lacunas ou inspiradores do sistema. A emersão da normatividade dos princípios tornou-os vinculantes, cogentes, ou seja, de observância obrigatória. Fato é que a colisão com outras normas será frequente, impondo-se, então, como técnica de solução do conflito, a ponderação entre bens.

Ilação outra não é possível, portanto, senão a de que a vida é bem jurídico de valor insuperável no sistema vigente, que afasta, de pronto, outras normas com ela colidentes. Ademais, dentro da proposta de Alexy (2002) que norteia este trabalho, a regra, quando de mesmo status hierárquico que o princípio com ela colidente, precede-o. De acordo com o autor, o legislador densifica mais claramente o conteúdo normativo a que pretende dar vigência quando se vale da regra, em detrimento da segunda espécie normativa princípio. Portanto, o direito à vida, enquanto regra insere no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, precede os princípios financeiros que, igualmente, possuem sede constitucional.

Não se olvida o relevo dos princípios financeiros e sua estreita afinidade com o interesse público. Não obstante, isto não é suficiente para permitir que eles sacrifiquem a vida dos membros da comunidade política. Mais uma vez, a nada serve um Estado que converge a confiança dos contribuintes e dos investidores nacionais, sendo, pois, eficiente arrecadador e prestador de serviços, se o destinatário da ação estatal não estiver vivo para dela fruir. De igual sorte, não milita em proveito do indivíduo o acesso às decisões democráticas sobre os gastos dos recursos públicos se

ele não viver para participar do processo de formação da vontade pública e para gozar dos frutos de suas decisões.

O impacto de um medicamento ou de um procedimento terapêutico, portanto, nos cofres públicos, não sobreleva a vida humana, que, repete-se, não pode ser mensurada em pecúnia. Uma organização social que leva o indivíduo a sério zela pela vida de todos os seus membros, não admitindo que uns paguem pelo bem-estar de outros com a própria vida.

3.3 Eficácia do direito à saúde em relação às demandas de saúde de segunda necessidade

Demarcado o núcleo essencial do direito à saúde, em que o mesmo tem garantida sua eficácia máxima, insta analisá-la em relação ao âmbito do direito excluído do núcleo rígido, afeto às *demandas de saúde de segunda necessidade*. Considerando sua configuração como norma princípio, apta a admitir concreção gradual, sua eficácia dependerá das condições de fato e de direito dela limitadoras. De fato, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, quando não tiverem implicações com a preservação da vida, submetem-se às limitações fáticas representadas pela escassez de recursos e às limitações jurídicas, decorrentes dos princípios opostos. Vale dizer, decorrentes dos demais direitos sociais e dos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade que limitam a atividade tributária necessária para que o Estado angarie os recursos imprescindíveis ao custeio das atividades prestacionistas.

Portanto, diante do modelo de direitos fundamentais sociais formulado por Alexy (2002, p. 494), a “definição de quais direitos sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação entre princípios, que sofre incidência dos princípios formais da competência do legislador democraticamente legitimado e do princípio da divisão de poderes”.

Sua colisão com os demais direitos sociais deverá ser desatada, preferencialmente, pelos poderes legitimados para a formulação das políticas públicas

em lei (Poderes Legislativo e Executivo), sob o lume do postulado da proporcionalidade. Como afirma Alexy (2002), não existe prevalência em abstrato de um direito fundamental sobre outro. Propõe-se a análise da importância de cada um dos direitos colidentes para a promoção da dignidade, devendo prevalecer aquele que a viabilizar com maior intensidade. Galdino (2005, p. 161) propõe que tais decisões não devem ficar sob o encargo do Judiciário, denunciando que, de modo geral, a escassez, sobretudo dos recursos financeiros do Estado, não é considerada por boa parte das decisões judiciais, que “ignora quase completamente as variáveis econômicas envolvidas nas questões que são postas para a solução”.

De fato, a previsão legal é um parâmetro inicial para o desate do litígio entre os direitos sociais, mas não o definitivo. Remanesce a possibilidade de ponderação, inclusive pelo Poder Judiciário, que possui a competência de controle da atividade levada a cabo pelos demais poderes – já que os critérios a serem utilizados para os bens colidentes serão jurídicos. Registre-se, por precípua, que a ponderação a ser procedida deve considerar a oferta do bem em questão a todos que se encontrem na mesma situação jurídica, por corolário da igualdade. Assim, se o pedido feito em juízo, pertinente a uma demanda de saúde de segunda necessidade, implicar insignificante sacrifício aos demais direitos sociais, ainda que oferecido a todos que dela precisarem em iguais condições às do requerente e impingir grande proveito aos indivíduos, existirá o direito a ela, em definitivo, dispensando-se, para tanto, a previsão legal da prestação de saúde solicitada judicialmente.

Não se olvide, também, a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis (inclusive do orçamento) ou de decisões políticas não legislativas, que proponham soluções para o conflito dos direitos sociais. A normatividade dos direitos sociais e dos postulados constitucionais da concordância prática e da proporcionalidade, como visto, exige isto.

Registre-se, por precípua, que, para a satisfação das demandas de saúde de segunda necessidade, faz-se necessária a observância dos princípios financeiros. Como visto, estas colaboram para o aumento do bem-estar do indivíduo e, por isso, para a promoção da dignidade humana. Não obstante, um Estado deve oferecer tais benesses aos seus cidadãos de acordo com suas condições financeiras, permitindo, outrossim,

que o próprio povo decida acerca de que prestações considera mais importantes para o seu bem-estar. De fato, não é moralmente aceitável a manutenção de um padrão elevado de vida a expensas de outrem. De igual maneira, não deve o Estado oferecer aos indivíduos um nível de qualidade de vida que não pode custear.

Hipóteses podem ocorrer, também, que, a despeito de não possuir implicação direta com a manutenção da vida, uma demanda de saúde seja de extrema importância para a dignidade humana. Assim, a solução do conflito entre as demandas de saúde de segunda necessidade e os princípios orçamentários tende a viabilizar a preponderância desses últimos, devendo, entretanto, ser admitidas exceções fundamentadas na incontestabilidade da prestação estatal para a dignidade humana, auferida após um devido juízo de ponderação. O Estado deve pautar estas decisões pela noção de mínimo existencial e dignidade humana. Segundo Amaral (2001, p. 215), “quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade”.

4 CONCLUSÕES

Os estudos ora levados a cabo têm o importante condão de, ao delimitar o núcleo essencial do direito à saúde e mediante sua caracterização como norma-regra (demandas de saúde de primeira necessidade), oferecer parâmetros seguros e precisos para a organização do orçamento público necessário para a sua satisfação, bem como para a ingerência judicial a ser provocado diante de falhas do Poder Público no cumprimento deste mister.

Desta maneira, as demandas por remédios ou tratamentos médicos ou hospitalares cuja ausência de disponibilidade para o administrado implique em perigo de perecimento de sua vida deverão necessariamente ser satisfeitas pelo Poder Público e, diante do princípio da igualdade, deverão ser contempladas com políticas públicas aptas a garantir sua universalidade. A omissão do Estado em satisfazê-las caracterizará vilipêndio a direito subjetivo apta a ser inibida pelo Poder Judiciário.

Já as demandas de saúde de que, ainda que de elevada essencialidade, não sejam imprescindíveis para a preservação da vida humana deverão ser levadas à ponderação com os demais direitos fundamentais no processo de alocação das limitadas verbas públicas, de maneira que eventual intervenção do Judiciário apenas far-se-á legítima quando constatado evidente equívoco do Poder Público no estabelecimento de prioridades.

Ainda que essa proposição de análise das *demandas de saúde de segunda necessidade* seja indubiosamente mais tormentosa que aquela proposta para as *demandas de saúde de primeira necessidade*, acredita-se na sua correção jurídica à medida que ela prestigia a técnica da proporcionalidade disponibilizada pela teoria dos direitos fundamentais para a solução do conflito entre eles. Ademais, esta proposta reconhece a limitação das possibilidades administrativas de prover a todos os direitos em sua plenitude, mas remete ao Estado a séria tarefa de proceder ao exame da essencialidade na definição das políticas públicas que assistirão a alguns direitos em detrimento de outros, demarcando a justiciabilidade daqueles que forem indevidamente preteridos.

5 REFERÊNCIAS

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B. **The painful prescription. Rationing hospital care.** Washington D. C.: The Brookings Institution, 1984.

AARON, Henry J.; SCHWARTZ, William B.; COX, Melissa. **Can we say no? The challenge of rationing health care.** Washington D. C.: The Brookings Institution, 2005.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Luís Afonso Heck (trad.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. El concepto y la validez del derecho. Jorge M. Sena (trad.). 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. Teoria da argumentação jurídica. **A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Zilda Hutchinson Schild Silva (trad.). São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.** Carlos Bernal Pulido (trad.). Colômbia: Departamento de Publicaciones de la Universidad de Colômbia, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira. Direitos à saúde: demandas crescentes e recursos escassos. In: ÁVILA, Gerson Noronha de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. **Ciclo de Conferências em Bioética I.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** José Manuel M. Cardoso da Costa Costa (trad. e nota prévia). Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 30 out. 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** Luiz João Baraúna (trad.). MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos.** João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda (trad.). 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBITT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices.** The conflict society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York – London: W. W. Norton & Company, 1978.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia.** Rafael de Agapito serrano (trad.). Editorial Trotta, 2000.

_____. **Teoría e Interpretación de los Derechos Fundamentales.** Escritos sobre Derechos Fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública**. Neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**.. São Paulo: Método, 2007. Coleção Professor Gilmar Mendes

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Controle jurisdicional de políticas públicas na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. Belo Horizonte, nº 01, 2008. Disponível em:

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. Jussara SIMÕES (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FIGUEROA, García. **Princípios y Positivismo Jurídico – El no positivismo principialista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Aexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 30.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GANTHALER, Heinrich. **O direito a vida na medicina**. Uma investigação moral e filosófica. Elisete Antoniuk (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SCHWARTZ, Germano. **A tutela antecipada no direito à saúde. A aplicabilidade da teoria sistêmica (de acordo com a Lei 10.444/02)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 2, p. 130-148, 1993.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Cláudio Molz (trad.). São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v.1

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade**.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v.2

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira (trad.) Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, ? et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Marcial Pons, 1994.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**. New York – London: W. W. Norton & Company, 1999.

KELLER, Arno Arnaldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça em Kelsen**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KILNER, Jonh. F. **Who lives? Who dies? Ethical criteria in patient selection**. Yale: Yale University Press, 1990.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil de na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos. **Revista Bioética**, n. 14, p. 9-15, 2006.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar. Possibilidades e limites para o controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Forum, 2011.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Alocação de recursos em saúde: considerações éticas. **Bioética**, nº 7, p. 155-163, 1999.

RAWLS, Jonh. **Justiça como equidade. Uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. Jussara SIMÕES (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à vida na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, 01/2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais. Leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAMER, Sergio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: -----.
Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan: 1999.