

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICAÇÃO PELO
PODER JUDICIÁRIO NO QUE TANGE AO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Amanda Heberlê Reis

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICAÇÃO PELO PODER
JUDICIÁRIO NO QUE TANGE AO DIREITO FUNDAMENTAL
À SAÚDE**

Amanda Heberlê Reis

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia de Graduação

**O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICAÇÃO PELO PODER
JUDICIÁRIO NO QUE TANGE AO DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE**

elaborada por
Amanda Heberlê Reis

Como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia
(Orientador/presidente)

Prof. Dr. Ronaldo Busnello
(UFSM)

Mestranda Danielli Gadenz
(PPGD/UFSM)

Santa Maria, 18 de dezembro de 2013.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

O MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO QUE TANGE AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

AUTORA: AMANDA HEBERLÊ REIS

ORIENTADOR: PROF. DR. CRISTIANO BECKER ISAIA

Local e data da defesa: Santa Maria, 18 de dezembro de 2013.

Com o reconhecimento dos direitos sociais, os quais podem ser associados à segunda dimensão de direitos fundamentais e ao Estado Social de Direito, passou-se a exigir uma atuação prestacional (positiva) por parte do Estado para sua efetivação. Entre os direitos sociais, inclui-se o direito à saúde. Nesse contexto, verifica-se que, muitas vezes, quando omissos ou insuficientes os entes estatais competentes, a atuação do Poder Judiciário, a fim de efetivar o direito fundamental à saúde, cinge-se à concretização do mínimo existencial, direito este que se vincula ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, dividiu-se o trabalho em dois capítulos. No primeiro, buscou-se traçar um panorama histórico da evolução dos modelos de Estado e das dimensões de direitos fundamentais, bem como apresentar o entendimento doutrinário sobre o direito fundamental social à saúde e o mínimo existencial. Já no segundo capítulo, foram analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal sobre a conceituação e critérios utilizados para a aplicação do mínimo existencial, bem como eventuais limites que lhe tenham sido opostos, com enfoque no princípio da separação de poderes e na cláusula da “reserva do possível”.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Mínimo existencial. Atuação jurisdicional.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE EXISTENTIAL MINIMUM AND ITS IMPLEMENTATION BY THE JUDICIARY WHEN RELATED TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF HEALTH

AUTHOR: AMANDA HEBERLÊ REIS

ADVISER: PROF. DR. CRISTIANO BECKER ISAIA

Date and place of the defense: Santa Maria, December 18th, 2013.

With the recognition of social rights, which can be associated to the second dimension of fundamental rights e to the Welfare State model, it started to be demanded from the State a positive and prestacional acting, so that those rights could be effected. The right to health is included among the social rights. In this context, it can be verified that, many times, when the state entities are omitted or insufficient, the jurisdictional acting, to preserve the fundamental right of health, is restricted to the implementation of the existential minimum, which is related to the principle of human dignity. Therefore, the work is divided in two chapters. In the first one, it was intended to delineate a historic panorama about the state models' evolution and about the fundamental rights' dimensions, as well as to present the doctrinaire understanding about the social fundamental right of heath and about the existential minimum. In the second chapter, there were analyzed decisions from the Justice Superior Court and from the Federal Supreme Court about the conception and the criteria used to apply the existential minimum, and also eventual limits that may be imposed to this concept, focusing on the principle of separation of powers and on the clause of reserve for contingencies.

Keywords: Fundamental right to health. Existential minimum. Jurisdictional acting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	9
1.1 Panorama histórico da evolução dos modelos de Estado e das dimensões de direitos fundamentais	9
1.2 Do direito fundamental social à saúde – Considerações doutrinárias sobre o mínimo existencial	19
2 APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	29
2.1 Da definição de mínimo existencial e dos critérios utilizados pelo STF e STJ para sua aplicação – Análise jurisprudencial	30
2.2 Da (im)possibilidade de limitação do mínimo existencial – Análise à luz do princípio da separação dos poderes e da cláusula da “reserva do possível” ...	45
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, verificou-se a consolidação do Estado Democrático de Direito e a previsão de um significativo rol de direitos e garantias fundamentais. O modelo estatal democrático de Direito é resultado de um longo processo de evolução do papel desempenhado pelo Estado e, conseqüentemente, do modo como este se relacionava com a sociedade e com os indivíduos. No que se refere ao processo evolutivo estatal, considerando-se apenas as formas modernas de Estado, podem ser apontados três modelos principais: o Estado Liberal, Social e, por fim, Democrático de Direito.

Estas formas de Estado podem ser relacionadas, por sua vez, com a evolução dos direitos fundamentais, reunidos em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Importante salientar que é na segunda dimensão que se inserem os direitos sociais, os quais passaram a exigir uma postura mais ativa, por parte do Estado, para sua efetiva concretização. Entre os direitos sociais tem especial relevância o direito fundamental à saúde, foco do presente trabalho.

Com o reconhecimento da existência de um dever, por parte do Estado, de promover e respeitar o direito à saúde da população, passou-se a admitir a atuação do Poder Judiciário para sua efetivação, nos casos em que os demais poderes se mantivessem omissos ou atuassem de forma insuficiente.

Ocorre que, não obstante reconheça-se a possibilidade de o Poder Judiciário efetivar o direito fundamental à saúde, concedendo prestações materiais àqueles que assim o requerem, verifica-se que, muitas vezes, tais prestações ficam adstritas ao denominado mínimo existencial, ou seja, a atuação jurisdicional resume-se a conceder as condições necessárias para a efetivação do direito ao mínimo existencial.

Nesse contexto, questiona-se: em que consiste o mínimo existencial e quais os critérios adotados pelo Poder Judiciário para sua aplicação no que tange ao direito fundamental à saúde? Com tais indagações, objetiva-se, de forma geral, delinear um conceito de mínimo existencial e verificar quais os critérios/parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário para sua aplicação no que concerne ao direito fundamental à saúde, bem como eventuais limitações impostas a tal direito.

De modo específico, pretende-se traçar um panorama histórico acerca da evolução dos modelos de Estado, relacionando-os com as dimensões de direitos fundamentais, bem como demonstrar, nessa linha, a caracterização da saúde como direito fundamental social. Além disso, objetiva-se identificar qual a definição de mínimo existencial elaborada pela doutrina e, após, verificar o entendimento jurisprudencial acerca da questão, delimitando-se a pesquisa, para tal, ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Com estes dados, será possível analisar quais os critérios ou parâmetros adotados pelo Poder Judiciário para a aplicação do mínimo existencial no que diz respeito ao direito à saúde, bem como constatar a (im)possibilidade de limitação do mínimo existencial pelo princípio da separação dos poderes e pela cláusula da “reserva do possível”.

Os métodos de procedimento adotados serão o histórico e o monográfico. O primeiro justifica-se pela necessidade de se realizar um retrospecto histórico sobre a evolução dos modelos de Estado e das dimensões de direitos fundamentais, com o reconhecimento da saúde como direito fundamental social. Para tanto, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica.

O monográfico, por sua vez, será adotado em decorrência da análise de casos concretos nos quais fora abordado o direito ao mínimo existencial, a fim de que se verifique quais os critérios ou parâmetros utilizados para sua aplicação e eventuais limitações que foram opostas a tal direito. A técnica de pesquisa será a documental, com uma forma de abordagem qualitativa, tendo em vista que se busca uma compreensão mais aprofundada sobre determinadas decisões proferidas pelos tribunais.

O método de abordagem será o indutivo, eis que será feita a pesquisa e análise de decisões jurisprudenciais específicas, extraindo-se, destas, uma conclusão que poderá ser aplicada ao todo.

No que se refere à estrutura, o trabalho será dividido em dois capítulos. O primeiro, intitulado *Do direito fundamental à saúde*, estará também dividido em duas partes. No primeiro subcapítulo, pretende-se traçar um panorama histórico da evolução dos modelos de Estado e das dimensões de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo, busca-se abordar, através de pesquisa doutrinária, o direito fundamental social à saúde e a questão do mínimo existencial.

O segundo capítulo, denominado *Aplicação do mínimo existencial pelo Poder Judiciário no âmbito do direito fundamental à saúde*, no qual será realizada análise jurisprudencial, também será dividido em duas partes. Um dos subcapítulos abordará a definição e os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do mínimo existencial. O subcapítulo seguinte, por sua vez, irá verificar a (im)possibilidade de limitação do mínimo existencial, com enfoque no princípio da separação dos poderes e na cláusula da “reserva do possível”.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1 Panorama histórico da evolução dos modelos de Estado e das dimensões de direitos fundamentais

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consolidação do Estado Democrático de Direito são resultado de uma série de transformações sociais, políticas e econômicas que atingiram o Brasil e passaram a exigir um modo diferente de atuação por parte do Estado. Nesse contexto, será elaborado um panorama histórico acerca da evolução dos diversos modelos de Estado, relacionando-os com as correspondentes dimensões de direitos fundamentais.

Serão consideradas, para tal, apenas as formas modernas de Estado que são tradicionalmente adotadas, quais sejam, o Estado Liberal, o Estado Social e, por fim, o Estado Democrático de Direito. De início, para situar previamente a questão relativa aos modelos estatais e à evolução dos direitos fundamentais, oportuno transcrever lição proferida por Inocêncio Mártires Coelho, o qual aduz que as etapas liberal, social e democrática do Estado de Direito foram:

[...] iniciadas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações surgidas sobretudo após a Segunda Guerra Mundial – a sua fase social – e culminando com a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas direitos *civis e políticos*, mas depois também direitos *econômicos, sociais e culturais*, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado democrático de Direito¹.

A ideia é partir, então, do Estado Liberal de Direito, modelo no qual imperava o princípio da intervenção mínima na vida dos cidadãos. Nesse momento da evolução do Estado, o mesmo organizava-se de modo a conceder grande autonomia aos indivíduos, vigendo predominantemente, portanto, uma visão individualista de sociedade. No que se refere ao Estado de Direito, oportuno transcrever lição esposada por Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, *in verbis*:

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito* quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado².

O Estado Liberal de Direito surge, assim, a partir da agregação do conteúdo liberal à legalidade característica do Estado de Direito. Destaque-se que, neste modelo estatal, dava-se privilégio às liberdades negativas, com a conseqüente restrição e regulação da atividade do Estado. Os direitos traduziam-se em “postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”³. Acerca do Estado Liberal de Direito, explica José Luis Bolzan de Moraes que:

A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma *ordem geral e abstrata*, regulando a ação social através do *não-impedimento* de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a *coerção* através da *sanção* das condutas contrárias. O autor característico é o indivíduo⁴.

Outrossim, segundo leciona Alexandre Mussoi Moreira, pode-se dizer, de modo genérico, “que esse Estado se caracteriza pela omissão frente a problemas sociais e econômicos, consagrando a regra básica da não-intervenção no domínio econômico”⁵. Logo, ao Estado incumbiria apenas assegurar e proteger os direitos de liberdade e igualdade dos indivíduos, atuando como uma espécie de vigia⁶. Percebe-se que o comportamento estatal não traduzia qualquer preocupação com as desigualdades sociais.

Cumprе ressalvar que, pela sua própria existência, o Estado já pressupõe uma ideia de intervenção na vida jurídica dos cidadãos, seja ela em menor ou maior escala, razão pela qual, no Estado Liberal, se fala em intervenção mínima – e não inexistente.

Neste momento liberal, o Estado era considerado como uma espécie de “mal necessário”, eis que não podia ser suprimido, mas, ao mesmo tempo, deveria ser-lhe outorgado o mínimo de funções ou atividades pela sociedade, atuando como

² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 86.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 79.

⁵ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado**: Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28.

⁶ *Ibid.*, p. 55.

guardião da paz e segurança sociais⁷. Ainda no que concerne ao modelo estatal liberal, oportuno transcrever o ensinamento de Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, *in verbis*:

O liberalismo se apresentou como uma *teoria antiestado*. O aspecto central de seus interesses era o *indivíduo* e suas iniciativas. A atividade estatal, quando se dá, recobre um espectro reduzido e previamente reconhecido. Suas tarefas circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além, de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista. O papel do Estado é negativo, no sentido da proteção dos indivíduos.⁸

Desse modo, ao Estado Liberal – também chamado de Estado mínimo – incumbiria “tão-só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a partir de indivíduos formalmente livres e iguais”⁹.

Paralelamente a isso, pode-se fazer uma relação entre os modelos estatais que serão abordados neste trabalho e as etapas evolutivas dos direitos fundamentais, com enfoque, aqui, nas denominadas dimensões ou gerações¹⁰ de direitos. Antes que se discorra sobre a primeira dimensão de direitos, interessante transcrever o apontamento de Paulo Gustavo Gonet Branco acerca dos direitos fundamentais:

[...] a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra¹¹.

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito da saúde! In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 13-14.

⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 56.

⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 17.

¹⁰ Conforme lição de Pedro Rui da Fontoura Porto, o vocábulo “geração” traz um viés cronológico, no sentido de que, com o surgimento das novas gerações, teria ocorrido uma superação das anteriores (PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 53). Diante disso, preferiu-se adotar, neste trabalho, o termo “dimensão” de direitos fundamentais, por melhor traduzir a ideia de que as dimensões somam-se e complementam umas às outras.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278.

Posto isso, destaque-se que ao Estado Liberal vinculam-se os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão. Com efeito:

Esta primeira dimensão de direitos fundamentais é paralela à primeira concepção de Estado de Direito, o chamado *Estado Liberal*, cuja função primordial era propiciar segurança pública, deixando o comércio livre, para que suas “leis naturais”, especialmente a livre concorrência, auto-regulamentem as relações existentes na sociedade de “livre-mercado”.¹²

Nessa senda, cabe ressaltar que a primeira dimensão de direitos fundamentais diz respeito ao indivíduo e à sua esfera de liberdades, tais como a liberdade de locomoção, de expressão, de reunião, etc.¹³, incluindo-se, também, as liberdades negativas, as quais poderiam ser opostas à atuação estatal como forma de resistência. Nesta dimensão de direitos, “o beneficiário é o homem individual, o homem concreto em face do Estado e dos outros homens”¹⁴. Mais adiante será demonstrado que a titularidade dos direitos foi sendo ampliada nas dimensões seguintes.

O modelo de Estado Liberal, contudo, vem a desgastar-se com o tempo, apresentando problemas como, por exemplo, a perda do controle estatal sobre os indivíduos e os comportamentos particulares. Explica Inocêncio Mártires Coelho que, por ser unilateral, o esgotamento das possibilidades do Estado Liberal de Direito seria inevitável¹⁵. Além disso, acerca dos problemas enfrentados pelo modelo estatal liberal, aduz Paulo Gustavo Gonet Branco que:

O descaso para com os problemas sociais [...], associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social¹⁶.

Começa uma transição, assim, de um modelo de Estado mínimo para um modelo intervencionista, apto a responder e gerir as demandas da sociedade. Acerca desta transição, observe-se o seguinte trecho:

A passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, em sentido amplo, importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo

¹² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 55.

¹³ Ibid., p. 59.

¹⁴ Ibid., p. 62.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

¹⁶ Ibid., p. 267.

liberalismo clássico, onde, como visto acima, à autoridade pública incumbia-se apenas, e tão-só, a manutenção da paz e da segurança limitada que estava pelos impedimentos próprios às liberdades negativas da época. A partir de meados do século XIX percebe-se uma mudança de rumos e de conteúdo no Estado Liberal, quando este passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas, a serem asseguradas ao cidadão como direitos peculiares à cidadania, ou a agir como ator privilegiado do jogo sócio-econômico¹⁷.

Assim, o modelo estatal liberal, característico de uma sociedade que valorizava e aceitava o papel do Estado apenas como garantidor da paz social, passa a ser substituído pelo modelo do *Welfare State*, o qual tinha como objetivo promover a igualdade entre os indivíduos e viabilizar a incorporação dos grupos sociais a benefícios que melhorassem a qualidade de vida da população¹⁸.

Inicia-se, dessa forma, uma transformação no papel do Estado, o qual deixa de ser mero protetor das liberdades individuais e passa a desenvolver uma atuação positiva junto à sociedade. Em detrimento da antiga visão individualista, o modelo estatal do Bem-Estar Social passa a dar enfoque e a garantir os interesses sociais. O Estado assume, pois, um papel mais participativo na vida dos indivíduos, buscando atender as necessidades básicas da população e apropriando-se de funções que antes eram desempenhadas pelo setor privado.

Segundo Alexandre Mussoi Moreira, o termo Estado do Bem-Estar Social – também chamado de *Welfare State* – designa um sistema no qual a responsabilidade pela promoção da segurança e do bem-estar social e econômico pertence ao Estado¹⁹. O autor menciona, ademais, que este modelo estatal se caracteriza por estar presente em diversos setores de grande importância social – ponto que o diferencia do anterior modelo liberal –, tais como a previdência e a educação, dentre outros, sempre com um intuito intervencionista e direcionador²⁰.

Nessa senda, importante diferença que pode ser apontada entre o Estado Liberal e o Estado do Bem-Estar Social – além do evidente aumento da intervenção estatal – é que, neste último, o bem-estar do cidadão começa a ser entendido como um *direito* próprio cujo cumprimento deve ser exigido do Estado²¹. Assim, no Estado

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 57-58.

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 14.

¹⁹ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado**: Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 72.

²⁰ *Ibid.*, p. 72.

²¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. cit., p. 71.

Social, o ente estatal passa a adotar ações positivas a fim de assegurar à população direitos tanto de cunho individual quanto social.

Nessa mesma linha de pensamento, sobre o Estado do Bem-Estar Social, preleciona José Luis Bolzan de Moraes que “desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços e estes passam a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania, inerentes ao pressuposto da dignidade da pessoa humana”²². O fornecimento de serviços por parte do Estado deixa de ser, portanto, excepcional e/ou provisório – em face do caráter assistencial que possuía – para tornar-se verdadeiro direito social a ser exercido pelo cidadão.

Destaque-se que, no Estado Social de Direito, a lei assume a função “de instrumento de ação concreta do Estado, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios”²³. Logo, neste modelo estatal, a lei legitima a atuação positiva do Estado para fins de prestar e garantir os interesses da coletividade. Nesse mesmo sentido é a lição do professor Cristiano Becker Isaia, segundo o qual, no Estado Social:

[...] a lei funcionaria não mais como ordem geral e abstrata, mas como meio de acesso, como condição de possibilidade à ação concreta estatal. Isso se deu com a emergência dos novos detentores de direitos, em especial a classe proletariada, aproximando Estado e sociedade civil em razão da revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal²⁴.

É neste contexto que se inserem os denominados direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais caracterizam-se como direitos “pertencentes a grupos organizados que exigem do Estado prestações positivas como o oferecimento de saúde, educação e previdência públicas”²⁵.

Ensina Pedro Rui da Fontoura Porto que, enquanto a primeira dimensão de direitos vinculava-se à posição do Estado como mero garantidor das liberdades individuais, tal visão acerca da função do Estado se altera, de forma que, na

²² MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 18.

²³ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 79.

²⁴ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 38.

²⁵ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 72.

segunda dimensão, ao ente estatal passa a incumbir a realização de prestações positivas, com o fim de promover uma maior igualdade social²⁶.

Com efeito, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco que o princípio da igualdade “ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais”²⁷. Os direitos da segunda dimensão tratam-se, pois, de direitos sociais, tais como a saúde, a educação e o trabalho, dentre outros, além de direitos culturais e econômicos.

O beneficiário de tais direitos fundamentais, por sua vez, não é mais apenas o indivíduo – concepção que era adotada na primeira dimensão de direitos –, tornando-se legítimos, também, grupos ou classes de pessoas determinadas ou determináveis²⁸. Em outras palavras, os titulares dos direitos passam a ser tanto individuais como plurais.

Importante ressaltar que o fato de os direitos sociais apresentarem um caráter coletivo e difuso não afasta a sua condição de, em primeiro lugar, direito fundamental da pessoa, tendo em vista que os direitos sociais são sempre também individuais²⁹. Percebe-se, assim, que ocorreu um alargamento da titularidade dos beneficiários dos direitos fundamentais – e não uma substituição dos indivíduos pela coletividade.

Destaque-se que a segunda dimensão de direitos fundamentais tem especial relevância para o presente trabalho, eis que é neste momento em que a saúde – que será tratada especificamente no capítulo seguinte – começa a ser considerada propriamente como direito social do cidadão e da coletividade.

Prosseguindo-se quanto ao modelo de Estado do Bem-Estar Social, interessante notar o posicionamento de Alexandre Mussoi Moreira acerca da questão:

O oferecimento de direitos sociais, como saúde e educação, por exemplo, permite à população o acesso à própria formação e à informação, propiciando sua organização e desta decorrendo sua exigência de inclusão

²⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 58.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

²⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura, op. cit., p. 62.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 40.

no sistema, tanto numa perspectiva econômica, quanto econômico-social, pressionando o próprio Estado ao atendimento de suas necessidades³⁰.

Conclui-se, portanto, do trecho acima transcrito, que o atendimento às necessidades sociais acarreta uma melhoria na qualidade de vida e na educação da população. Tais fatos, por sua vez, alimentam cada vez mais as exigências para que aumentem – ou ao menos sejam mantidas – as ações positivas estatais visando resguardar os interesses coletivos e individuais.

O fato é que, com o aumento da democratização das relações sociais, surgiram, conseqüentemente, novas demandas por parte da sociedade civil, tais como as políticas públicas vinculadas aos direitos sociais de caráter prestacional (incluindo-se, entre eles, o direito à saúde). No que concerne à transição do modelo de Estado Social para o Democrático de Direito, é de extrema relevância o ensinamento de José Luis Bolzan de Moraes:

Com o aprofundamento das experiências, o modelo de Estado do Bem-Estar, face às circunstâncias e contingências históricas, sofisticou-se e transformou-se no modelo do Estado Democrático de Direito, o qual assume uma inegável função transformadora da realidade social, haja vista que essa nova concepção impõe ao Estado o papel de direcionar suas ações no sentido de construção de uma sociedade menos desigual.³¹

O surgimento do Estado Democrático de Direito ocorreu, assim, em um contexto de transformação e aprofundamento da fórmula do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social³². Nessa linha de ideias, pode-se caracterizar o Estado Democrático de Direito como um sistema autêntico de direitos positivados – Estado de Direito – que “tem por finalidade a implementação dos direitos democraticamente produzidos”³³. Ao adotar um viés democrático, o Estado de Direito emerge como fomentador da participação popular, tendo em vista que encontra sua legitimidade na própria vontade do povo.

Lenciona José Joaquim Gomes Canotilho que, no Estado Democrático de Direito, “O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to*

³⁰ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado: Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 33.

³¹ BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 80.

³² MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 18.

³³ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 51.

check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize State power*)³⁴. Ainda, aduz o autor que:

A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional³⁵.

Nesse particular, somente o princípio da soberania popular asseguraria o direito à igual participação na formação democrática da vontade do povo. Cumpre destacar que o Estado Democrático de Direito tem como objetivo a promoção da igualdade, visando à transformação do *status quo*. Neste modelo, a lei não fica mais atrelada, inevitavelmente, a eventual limitação ou promoção da atuação estatal, mas sim ao fim a que se destina, qual seja, o de constante reestruturação e mudança das próprias relações sociais³⁶. Nesse mesmo sentido ensina Lênio Luiz Streck, segundo o qual, neste modelo estatal, o direito deixa de ser mero legitimador das relações de poder, passando a potencial transformador da realidade³⁷. Ainda, explica o autor que:

O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais³⁸.

Desse modo, enquanto o *Welfare State* objetivava melhorar as condições sociais da população, o Estado Democrático de Direito vai além, incentivando a participação pública e buscando propriamente uma transformação da realidade, através da incorporação da questão da igualdade como direito a ser assegurado. Nesse mesmo sentido entende José Luis Bolzan de Moraes, ao tratar do Estado Democrático de Direito, segundo o qual “A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de mudança do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de

³⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000. p. 100.

³⁵Ibid., p. 98.

³⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 94.

³⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

³⁸Ibid., p. 59-60.

transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade”³⁹.

A igualdade que aqui se defende, por sua vez, não é apenas formal perante a lei – tal como ocorria no modelo de Estado Liberal –, mas verdadeiramente carregada com um conteúdo capaz de equalizar as condições dos socialmente desiguais e transformar a realidade comunitária⁴⁰.

Cumprе ressaltar que o Estado Democrático de Direito relaciona-se com a terceira dimensão de direitos fundamentais, os quais podem ser definidos como os “direitos atinentes ao gênero humano (direitos *humani generis*) e à melhoria da sua qualidade de vida”⁴¹. Não se fala, aqui, em direitos destinados à proteção do homem considerado individualmente – tal como era admitido na primeira e segunda dimensão –, mas ao próprio gênero humano. Tratam-se, em verdade, de aspirações difusas e coletivas, as quais visam proteger e promover a qualidade de vida geral das comunidades humanas⁴².

A terceira dimensão incorpora, assim, um conteúdo universal de direitos atinentes a toda coletividade, também definidos como direitos de solidariedade. Cite-se, como exemplo, o direito à paz internacional, a um meio ambiente saudável e à comunicação. Importante ressaltar que “os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos”⁴³. Conclui-se, então, que as dimensões de direitos não superam umas às outras, e sim se complementam, de forma que ocorre um progressivo alargamento dos direitos fundamentais reconhecidos pela ordem estatal.

Após delineado esse apanhado histórico acerca dos diversos modelos estatais e da sua relação com as dimensões de direitos fundamentais, ressaltando-se acerca da importância, para o presente trabalho, da segunda dimensão de

³⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 80.

⁴⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. O direito da saúde! In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 17.

⁴¹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 60.

⁴² *Ibid.*, p. 62.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

direitos, que engloba os direitos sociais, passa-se, no próximo subcapítulo, à análise mais específica acerca do direito fundamental social à saúde.

1.2 Do direito fundamental social à saúde – Considerações doutrinárias sobre o mínimo existencial

Inicialmente, oportuno referir que, em 1946, a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu o conceito de saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁴⁴. Verifica-se que o conceito elaborado pela OMS foi, inclusive, bastante avançado para a época, tendo em vista que não se limitou à ideia tradicional de saúde como mera ausência de doença, acrescentando o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, ou seja, considerou ainda a situação de equilíbrio do indivíduo, não apenas internamente, como também na forma como se relaciona com o meio ambiente.

No plano internacional, o direito à saúde foi previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

Assim como as gerações de direitos fundamentais tem relação com o modelo estatal vigente na época – conforme exposto no subcapítulo anterior –, também o direito à saúde modificou-se à medida que evoluíram os modelos de Estado. Veja-se, a propósito, o ensinamento de Germano Schwartz acerca dos paradigmas liberal e social do tema saúde no país:

Historicamente, a questão sanitária brasileira sempre foi pensada com base em de dois paradigmas: um liberal, em que o Estado não interferia na saúde individual; outro social, em que o Estado avoca(va) para si o papel de adotar políticas públicas tendentes à proteção/consecução de um direito, ao mesmo tempo, individual e social⁴⁵.

Não obstante a saúde já estivesse incluída entre as atividades estatais desde o Estado Liberal, saliente-se que foi na segunda dimensão de direitos fundamentais

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição (1946)**. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>>. Acesso em: 13 nov.2013.

⁴⁵ SCHWARTZ, Germano. Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 109.

– vinculada ao Estado do Bem-Estar Social – que passou a ser considerada como um direito fundamental, assim como os demais direitos sociais.

Na Constituição Federal de 1988, a questão da saúde foi abordada no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*), Capítulo II (*Dos Direitos Sociais*), artigo 6º, que assim dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁴⁶. (grifou-se)

Constata-se que os direitos sociais foram erigidos pela Carta Maior ao *status* de direitos fundamentais. Os direitos sociais podem ser considerados, assim, como os direitos fundamentais do homem social⁴⁷, constituindo-se como mecanismos aptos a efetivar as pretensões neles contidas.

Aponte-se que importante consequência adveio do reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, do direito à saúde como direito fundamental, qual seja, a sua aplicabilidade imediata. Tal conclusão decorre do próprio texto constitucional, o qual prescreve, em seu artigo 5º, §1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁴⁸.

Desnecessário, pois, qualquer esclarecimento ou complementação da norma constitucional por parte do legislador para que ela venha a surtir efeitos. Especialmente em se tratando de casos sob apreciação do Judiciário, configura-se como um dever do julgador, quando possível, a aplicação direta da norma constitucional atinente ao direito à saúde.

Além disso, cumpre destacar que os direitos fundamentais, em virtude de terem adquirido tal *status* jurídico na Constituição Federal, caracterizam-se como parâmetros de organização e de limitação dos Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário –, afastando-se, portanto, a ideia de que sejam considerados como meras autolimitações à sua atuação⁴⁹.

⁴⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov.2013.

⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 180.

⁴⁸ BRASIL, op. cit.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279.

Reitere-se que os direitos sociais – entre os quais se insere o direito à saúde – pertencem à segunda dimensão de direitos fundamentais, relacionando-se com o modelo de Estado do Bem-Estar Social. Assim, nesta fase, passou-se a exigir uma atuação positiva por parte do Estado, a fim de promover e garantir os interesses coletivos. Ainda no que se refere aos direitos sociais, relevante transcrever a lição de Alexandre de Moraes sobre o assunto:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal⁵⁰.

Cabe salientar que tais prestações configuram-se como positivas porque envolvem uma obrigação de agir, por parte do Poder Público, para concretização dos direitos sociais. Desse modo, em sendo a saúde um direito social e fundamental do cidadão, não restam dúvidas de que incumbe ao Estado a sua promoção e garantia.

Ainda, o tema saúde foi tratado pela Constituição Federal, de maneira mais pormenorizada, em seus artigos 196 a 200, localizados no Título VIII (*Da Ordem Social*), Capítulo II (*Da Seguridade Social*), Seção II (*Da Saúde*). Confirma-se, por oportuno, a disposição do artigo 196 da Carta Maior, *in verbis*:

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 recuperação⁵¹.

Verifica-se, pelo teor do dispositivo transcrito, que o direito à saúde foi assegurado a todos, como coletividade, sem qualquer discriminação fática ou jurídica, além de ter sido reconhecido como um dever do Poder Público, englobando a atuação de caráter tanto preventivo quanto curativo por parte do Estado, além de um caráter promocional, ligado à busca pela qualidade de vida. Além disso, decorre da prescrição do artigo 196 da Constituição que a saúde configura-se não somente como direito fundamental do indivíduo, mas também como espécie de dever fundamental do Estado.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov.2013.

A disposição do texto constitucional trouxe uma definição de saúde – e de direito à saúde, conseqüentemente – nos mesmos moldes adotados pela Constituição da OMS em 1946, tendo que vista que ambos os conceitos consideraram que, além da ausência de enfermidades ou doenças, a saúde englobaria também a ideia de qualidade de vida.

De outro viés, cumpre observar que, conforme ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, a concretização do direito à saúde pode envolver pretensões de caráter defensivo ou de caráter prestacional⁵². As primeiras possuem um cunho liberal e de limitação à atuação do Estado, no sentido da impossibilidade de intervenção estatal no exercício do direito à saúde de cada indivíduo. Trata-se, pois, de um dever jurídico do Estado de não afetar ou ofender a saúde das pessoas.

As pretensões de caráter prestacional, por sua vez, conforme o próprio nome já demonstra, referem-se ao dever do Estado em adotar medidas positivas para assegurar o direito à saúde aos seus titulares e promover a igualdade real. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, os direitos à prestação “partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram como direitos de promoção”⁵³.

Saliente-se que, para a realização da pesquisa e análise jurisprudencial neste trabalho, serão considerados apenas os casos que envolvem pretensões de caráter prestacional, tendo em vista que se busca um resultado mais homogêneo e completo, que englobe pretensões tanto coletivas quanto individuais. Ademais, sobre o direito à saúde, confira-se o seguinte excerto:

O direito à saúde, derivado do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como os demais direitos sociais, imperativos de justiça, devem ser garantidos pelo Estado Social de Direito, fundado sobre o princípio democrático, que tem como fundamentos a inclusão social e os direitos de cidadania.⁵⁴

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 nov.2013.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291.

⁵⁴ CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 150.

O direito social à saúde relaciona-se, pois, com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, configurando-se, além de direito dos indivíduos e da coletividade, também como um dever do Estado, conforme se observa:

Sendo a vida e a saúde direitos subjetivos indisponíveis e impostergáveis, assegurados constitucionalmente a todos os indivíduos, e sendo a saúde corolário e consequência indissociável do direito à vida, ela constitui, além de direito fundamental, também um dever, conforme estabelecido pelo já citado artigo 196 da CFRB/88.⁵⁵

Conforme ensinamento de Mariana Filchtiner Figueiredo, o direito à saúde está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, o qual funciona como uma espécie de valor-guia para toda a ordem jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional. A dignidade da pessoa humana consistiria, assim, em “critério aferidor da fundamentalidade de outros direitos”⁵⁶. Ainda, explica a autora que:

A Constituição, a despeito de seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁵⁷.

Do exposto, resta inequívoco que o Estado tem o dever fundamental – por previsão constitucional – de atuar positivamente, a fim de efetivar as pretensões materiais dos cidadãos referentes ao direito à saúde. É consabido, porém, que na prática a situação é bastante diversa, não sendo raros os casos em que o direito fundamental à saúde do cidadão é negado ou restringido pelo Poder Público.

Logo, ocorrendo omissão ou negativa do Estado em atender as pretensões formuladas pelos indivíduos ou por um grupo determinado, a tutela jurisdicional se mostra como mecanismo legítimo para obter a concretização destes direitos, eis que decorrentes do direito social à saúde.

Segundo Germano Schwartz, ao Poder Judiciário “caberá a função de corrigir as eventuais desigualdades no campo sanitário”, dando-se, porém, apenas em um momento posterior à constatação de que as ações desenvolvidas pelo Estado não

⁵⁵ CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 122.

⁵⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57 e 60.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 59.

foram suficientes para garantir o direito fundamental à saúde. A atuação judicial seria, assim, uma atuação secundária⁵⁸.

Desse modo, em se verificando a existência de omissão estatal na promoção de políticas públicas, bem como na atuação preventiva ou curativa, pode o indivíduo valer-se da via judicial para fins de efetivar o seu direito fundamental à saúde, ao menos no que tange à parcela denominada mínimo existencial, conceito este que será abordado a seguir. Acerca do mínimo existencial, assim leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável [...], tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade”.⁵⁹

Percebe-se, pois, que o autor vincula a noção de mínimo existencial com a garantia de condições materiais mínimas para uma vida humana digna. Este mínimo pode ser considerado, assim, como uma espécie de limitação à atuação estatal, tanto no sentido da não intervenção – caráter defensivo – quanto da promoção destas condições de vida digna – caráter prestacional.

O mínimo existencial pode ser definido como o limite que não pode ser invadido ou restringido pelo Poder Público, assim como pelo particular – tal ponto, todavia, não será tratado por se mostrar irrelevante à proposta do presente trabalho –, sob pena de violação dos direitos fundamentais sociais previstos constitucionalmente.

Importante fazer referência, aqui, às terminologias que serão utilizadas, a fim de que se diferencie o conceito de mínimo existencial e de núcleo essencial dos direitos fundamentais, conceitos estes que, por vezes, são utilizados como sinônimos, em razão da íntima relação entre ambos. A questão foi esclarecida por Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial,

⁵⁸ SCHWARTZ, Germano. Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 123.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25.

os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo), este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente⁶⁰.

Defende o autor, nesse diapasão, que o conteúdo existencial (núcleo essencial e mínimo existencial) não é o mesmo para todos os direitos sociais, de forma que, quando for o caso, será necessária a devida contextualização. Não obstante a distinção apontada, tem-se que, no caso do presente trabalho, os dois conceitos identificam-se entre si, haja vista que o núcleo essencial do direito fundamental à saúde vincula-se, assim como o mínimo existencial, ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em se tratando de direito social de cunho prestacional.

No que se refere ao núcleo essencial, cabe salientar que a importância que lhe é dada realça “o status jurídico dirigente dos direitos fundamentais no sistema constitucional”, de modo que tais contornos funcionam não apenas como limitadores à atuação do Poder Público, mas também como critérios de orientação à ação política⁶¹. Assim, pode-se definir o núcleo essencial como um parâmetro mínimo de eficácia conferido a determinado direito fundamental para que se obtenha a sua efetiva proteção. Acerca da questão, assim discorre Mariana Filchtiner Figueiredo:

Todas essas considerações demonstram que, não obstante o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, há um núcleo mínimo em cada direito social, estabelecido *in concreto*, segundo as características do próprio direito e em atenção à preservação da dignidade humana, que não pode jamais ser ultrapassado, sob pena de negação do próprio direito, dos demais direitos fundamentais (pela ausência de condições de exercício da liberdade) e da dignidade da pessoa que o titule⁶².

Nessa linha, depreende-se que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser estabelecido concretamente de acordo com o direito social em discussão e com o sistema constitucional vigente, atentando-se à preservação das condições mínimas de dignidade ao titular do direito. Tal conceito identifica-se, conforme já mencionado, com a garantia do mínimo existencial. Da mesma forma, a

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 26.

⁶¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 182.

⁶² *Ibid.*, p. 200.

interpretação do conceito de saúde e do mínimo existencial “deverá sempre levar em consideração a realidade circundante (cultural, social, geográfica e climática, etc.) e as circunstâncias pessoais do titular”⁶³.

Infere-se, pois, que o mínimo existencial não é um conceito estanque e absoluto. Não obstante busque-se estabelecer critérios definidores do seu conteúdo, percebe-se que o conceito pode ser relativizado de acordo com as circunstâncias da situação, sempre se respeitando, contudo, o direito a uma vida digna e saudável.

Aplicando-se tal entendimento à seara da saúde, tem-se que o mínimo existencial se configura como um “padrão mínimo de prestações materiais na área da saúde, decorrentes diretamente da consagração constitucional do direito fundamental à saúde”, as quais seriam passíveis de exigibilidade judicial⁶⁴. O que se observa, em verdade, é que existe uma dificuldade em se definir, prévia e criteriosamente, o que seria o mínimo existencial. Com efeito:

O que compõe o mínimo existencial reclama, portanto, uma análise (ou pelo menos a possibilidade de uma averiguação) à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso, evidentemente, não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial.⁶⁵

Ainda, entendem os mesmos autores que “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial”⁶⁶. No que tange à possibilidade de reconhecimento de um mínimo existencial – ou núcleo essencial, como é denominado neste caso – no sistema jurídico brasileiro, argumenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Ferreira Mendes que:

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a idéia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.

⁶⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 204.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 26.

⁶⁶ Ibid., p. 46.

constituente. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental⁶⁷.

Importante destacar que mínimo existencial não se confunde com mínimo de subsistência. Enquanto este último diz respeito às necessidades mais básicas do indivíduo, que lhe possibilitam a mera sobrevivência física, o mínimo existencial vai mais além, refletindo o escopo de realização do ser humano, atrelado à ideia de uma vida com qualidade. Engloba, portanto – mesmo que de forma mínima –, condições de alimentação, saúde, educação, moradia, etc., a fim de que o indivíduo possa usufruir de uma vida digna e livre⁶⁸. Nesse sentido, alerta Ingo Wolfgang Sarlet que:

[...] há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos que em foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a própria redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital” (de mera sobrevivência física)⁶⁹.

Neste caso, o mínimo existencial foi denominado, pelo autor, como mínimo sociocultural, o que demonstra, mais uma vez, que o seu conceito é muito mais abrangente do que a noção de simples sobrevivência do ser humano, agregando valores como o direito a uma vida digna e de qualidade.

De todo o exposto, conclui-se que, apesar de ter sido delineado um conceito doutrinário de mínimo existencial, existe uma certa dificuldade em apresentar uma definição absoluta e criteriosa acerca do tema, especialmente ante a necessidade de analisar-se concretamente o direito social invocado pelo seu titular.

Logo, tendo como objetivo analisar a aplicação do mínimo existencial em casos concretos, serão pesquisadas e examinadas, no segundo capítulo deste trabalho, decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que trataram acerca da questão, a fim de que se verifique se foi delineada alguma definição de mínimo existencial e quais os critérios adotados para tal, além de eventuais limites que possam ter sido impostos na aplicação do referido direito.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353.

⁶⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24.

No que tange aos limites acima mencionados, interessante transcrever a colocação de Mariana Filchtiner Figueiredo:

Na determinação do conteúdo que densifica o mínimo existencial, todavia, não deve o Judiciário ir além do que exige a estipulação de um conteúdo mínimo ou essencial, sob pena de injustificadamente invadir a seara de competência legislativa⁷⁰.

Dessa forma, busca-se verificar, também, acerca da necessidade de serem impostos ou afastados eventuais limites ao mínimo existencial e ao direito fundamental à saúde. Com a definição de mínimo existencial e dos seus critérios de aplicação pelos tribunais, objetiva-se contribuir para a superação de algumas dificuldades práticas que surgem quando envolvidas pretensões prestacionais de efetivação do direito fundamental à saúde.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 201.

2 APLICAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No capítulo anterior, buscou-se contextualizar a evolução histórica dos modelos estatais contemporâneos, relacionando-os com as etapas (dimensões ou gerações) de progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais, a fim de demonstrar, por fim, a transformação do direito à saúde em verdadeiro direito fundamental previsto constitucionalmente.

Cumprido destacar que, justamente em face de sua fundamentalidade, o direito à saúde acarreta, também, um dever por parte do Estado em fornecer condições para que o indivíduo ou coletividade possam desfrutar plenamente deste direito social. Tais condições podem ser fornecidas – conforme já mencionado anteriormente – através de uma atuação positiva (caráter prestacional) ou negativa (direito de defesa dos indivíduos) do Poder Público. Aliás, a esfera positiva possui especial relevância no caso do direito à saúde – e dos demais direitos sociais –, tendo em vista que, na maior parte das vezes, o mencionado direito depende, para sua efetivação, de uma atuação estatal prestacional e proativa.

Destacou-se também que, quando o órgão estatal competente permanecer omissivo ou vier a restringir o direito à saúde dos indivíduos, estará o Poder Judiciário legitimado a atuar positivamente, concedendo-lhes as prestações necessárias para a concretização do seu direito fundamental à saúde. Tal atuação jurisdicional, contudo, não pode ser tida como ilimitada, sob pena de adentrar as esferas de competência dos outros poderes e ofender, por consequência, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, defende-se a posição de que a atuação do Poder Judiciário será legítima e justificada quando os direitos englobados pelo mínimo existencial tiverem sido ofendidos. Ainda no primeiro capítulo do trabalho, foram apresentadas algumas definições doutrinárias acerca do mínimo existencial, considerado, neste caso, de maneira abstrata. Foram traçados, pois, alguns delineamentos acerca do tema, sem que se obtivesse, contudo, uma conceituação fechada e taxativa sobre o que seria – ou quais direitos estariam incluídos – no mínimo existencial.

Diante disso, pretende-se, neste segundo capítulo, desenvolver uma análise acerca do mínimo existencial e de sua aplicação à luz de casos concretos, ou seja, com base em decisões que tenham analisado o tema referente ao núcleo essencial

do direito fundamental à saúde. Serão utilizados, para tanto, julgados provenientes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Tal escolha se justifica pelo fato de que, por se tratarem de instâncias superiores, suas decisões retratam, via de regra, o entendimento adotado no país acerca do assunto.

Cumprido esclarecer que as decisões foram selecionadas qualitativamente, ou seja, foram especificamente escolhidas em razão da relevância dos fundamentos despendidos, considerando-se as suas particularidades. Não se tem a pretensão, contudo, de apresentar uma pesquisa jurisprudencial exaustiva sobre o tema.

Os resultados obtidos serão expostos em dois subcapítulos, aos quais serão conferidos enfoques diferentes. O primeiro subcapítulo traz, de forma pormenorizada, a questão do mínimo existencial, abordando-se pontos como a conceituação desta garantia, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, e eventuais critérios utilizados pelo Poder Judiciário para sua aplicação em situações concretas.

Feito isso, no segundo subcapítulo serão examinadas algumas limitações que são frequentemente arguidas, pelos entes estatais, como justificativa para a não concretização do direito à saúde – até mesmo no que tange ao mínimo existencial –, quais sejam, o princípio da separação dos poderes e a cláusula da “reserva do possível”. Além da pesquisa jurisprudencial, também serão apreciados alguns posicionamentos doutrinários acerca do tema.

2.1 Da definição de mínimo existencial e dos critérios utilizados pelo STF e STJ para sua aplicação – Análise jurisprudencial

Primeiramente, oportuno destacar que a pesquisa jurisprudencial realizada foi direcionada a demandas que aplicaram a garantia do mínimo existencial, no âmbito do direito à saúde, em decorrência do dever estatal de atuar positivamente a fim de efetivar tal direito. Não obstante o Estado possua, também, uma obrigação de caráter negativo, no sentido de não intervir nas liberdades individuais relacionadas à saúde, tal dimensão não foi objeto de análise no presente trabalho.

Inicia-se a exposição da pesquisa jurisprudencial pela análise de algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da concretização do direito à saúde, as quais abordaram, em suas razões de decidir, a questão referente ao mínimo existencial.

O primeiro caso selecionado é o Recurso Especial nº 1.041.197/MS⁷¹, originário do Estado do Mato Grosso do Sul e de relatoria do Ministro Humberto Martins. Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele mesmo estado, que, entre outros pontos, assim determinou, conforme consta da ementa:

[...] o Estado de Mato Grosso do Sul deve providenciar equipamentos médicos-hospitalares que faltam ao Hospital Universitário de Dourados, especialmente porque esse nosocômio presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende à dignidade daqueles que mais precisam de um serviço adequado e eficiente.

Verifica-se, pois, que visava o Ministério Público do Mato Grosso do Sul – autor da ação originária e parte recorrida no Recurso Especial – à implementação/cumprimento das políticas públicas estabelecidas por parte do ente estadual, a fim de que fosse protegido o direito fundamental à saúde, considerado em sua esfera coletiva. O estado fundamentou suas razões recursais na suposta violação ao princípio da separação dos poderes e à cláusula da “reserva do possível”, sustentando que os mesmos se configurariam como limitação à intervenção do Poder Judiciário para concretização de direitos sociais, entre os quais se insere o direito à saúde.

Cumprir observar que tais limitações serão pormenorizadas no próximo subcapítulo, onde se abordará o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da (im)possibilidade de limitação do mínimo existencial pelos princípios da separação dos poderes e da “reserva do possível”.

Prosseguindo-se no exame do Recurso Especial nº 1.041.197/MS, entendeu o E. STJ que, em havendo o descumprimento injustificado, por parte da Administração Pública, do dever de implementar as políticas de governo, seria possível a correção de tal ilicitude pela via judicial, a fim de conferir eficácia aos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Insta destacar que o princípio da “reserva do possível”, indicado pelo Estado do Mato Grosso do Sul como argumento para justificar a implementação deficiente das políticas públicas relativas à área da saúde, mostra-se bastante relevante para o

⁷¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que conheceu parcialmente do recurso especial e, nesse ponto, negou-lhe provimento.** REsp 1041197 / MS. Estado do Mato Grosso do Sul e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. 25 de agosto de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800598307&dt_publicacao=16/09/2009 Acesso em: 16 nov.2013

presente trabalho, eis que se trata de cláusula frequentemente confrontada com a garantia do mínimo existencial.

No processo em exame (Recurso Especial nº 1.041.197/MS), entendeu o STJ que a cláusula da “reserva do possível” não pode ser oposto ao mínimo existencial, vinculando este conceito à dignidade da pessoa humana. Considerou o Tribunal “que qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão”, de forma que, neste caso, o princípio da “reserva do possível” não seria aplicável.

Posicionou-se o tribunal no sentido de que, primeiramente, deve ser atingido/fornecido o mínimo existencial, para que somente após venha-se a discutir sobre eventuais limitações à plena concretização do direito à saúde. Em outras palavras, infere-se que – de acordo com o teor do julgado – o direito fundamental à saúde, na parcela que diz respeito ao mínimo existencial, é impassível de qualquer restrição, de forma que, caso exista eventual limitação, esta somente poderá ser oposta aos direitos que excederem aquele núcleo essencial.

Constata-se, portanto, que o E. STJ não reconheceu um direito irrestrito e ilimitado à saúde, mas sim a um mínimo existencial, ou seja, aos direitos que garantem ao indivíduo uma vida digna e com qualidade em matéria de saúde. Com efeito:

[...] se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Depreende-se, nesse contexto, que o conceito de mínimo existencial foi atrelado à dignidade da pessoa humana, em consonância com as exposições doutrinárias apresentadas no capítulo anterior. Ademais, complementa o tribunal que o mínimo existencial não pode ser postergado, devendo ser colocado como prioridade do Poder Público.

Assim, do precedente examinado, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça vinculou o conceito de mínimo existencial a uma vida minimamente digna, de modo que, por envolver o núcleo dos direitos fundamentais sociais da pessoa, não poderia ser objeto de quaisquer limitações. Oportuno colacionar, ainda, outro trecho constante do julgado em questão, o qual aborda o caráter prioritário de alguns direitos sociais – tal como o direito à saúde –, *in verbis*:

[...] ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais, e, por não haver um escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

[...] Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação e a saúde, fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve encarar como prioritárias.

Percebe-se, assim, que o caráter prioritário do direito social à saúde no âmbito das prestações positivas estatais foi novamente reconhecido, restando inequívoco o dever do Estado em “assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais”.

Oportuno destacar que a argumentação acima exposta foi reiterada no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.136.549/RS⁷², originário do Estado do Rio Grande do Sul, e cuja relatoria também foi realizada pelo Ministro Humberto Martins. Neste processo, a decisão que negou provimento ao Agravo Regimental do Município de Esteio entendeu pela possibilidade, em casos excepcionais, de ser exercido o controle pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas concernentes à saúde, autorizando, pois, o fornecimento de medicamentos à população em situação de manifesta necessidade.

Saliente-se que o conceito de mínimo existencial foi delineado e aplicado nos mesmos moldes adotados pela decisão do Recurso Especial nº 1.041.197/MS, ou seja, vinculando-o ao princípio da dignidade da pessoa humana, e reconhecendo-o como prioridade no que tange às obrigações positivas do Poder Público em efetivar o direito social à saúde.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame do próximo julgado proveniente do STJ, qual seja, o Recurso Especial nº 1.068.731/RS⁷³, originário do Estado do Rio Grande do Sul e de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Nesta demanda, insurge-se o Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pleiteando a disponibilização de leitos

⁷²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental.** AgRgno REsp 1136549 / RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Município de Esteio. Relator: Min. Humberto Martins. 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900766912&dt_publicacao=21/06/2010> Acesso em: 16 nov.2013

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que deu provimento ao recurso especial.** REsp 1068731 / RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012> Acesso em: 16 nov.2013

clínicos e de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI) adulto em hospital do Município de Cachoeirinha, eis que o número de leitos disponíveis seria insuficiente para atender a população local.

Entendeu o tribunal superior pelo provimento do Recurso Especial, concedendo a pretensão requerida pelo Ministério Público estadual. Nas suas razões de decidir, salientou o Ministro relator que “a falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo – UTIs no Município viola, gravemente, o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local”. Assevera, nessa senda, que se trata de direito difuso a ser protegido, além de reconhecer o *status* prioritário da pretensão, por estar diretamente ligada ao direito à vida. Ademais, consta do acórdão proferido no Recurso Especial que:

O STJ, em voto da lavra do e. Min. Humberto Martins, já decidiu que "a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp 1.185.474/SC).

O Ministro relator transcreveu, ainda, a ementa referente ao processo acima mencionado, tendo em vista que, apesar de o Recurso Especial nº 1.185.474/SC tratar do direito à educação, também se discute, naqueles autos, a questão do mínimo existencial, eis que este conceito aplica-se a todos os direitos sociais, e não apenas ao direito à saúde.

Dessa forma, considerando-se que o acórdão que julgou o Recurso Especial nº 1.185.474/SC foi utilizado como fundamento para a decisão que concedeu a pretensão de concessão de vagas de UTI no Recurso Especial nº 1.068.731/RS – o qual trata de direito à saúde –, cumpre seja feita uma análise, também, daquele outro acórdão.

Trata-se o Recurso Especial nº 1.185.474/SC⁷⁴ de irrisignação apresentada pelo Município de Criciúma contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual entendeu pela possibilidade de extensão do direito constitucional à creche aos menores de zero a seis anos, afastando, nessa linha, o

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao recurso especial**. REsp 1185474 / SC. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Município de Criciúma. Relator: Min. Humberto Martins. 20 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010> Acesso em: 16 nov.2013

caráter meramente programático da norma. No voto emitido pelo Ministro relator Humberto Martins, restou consignado que “há um núcleo de direito que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito”. Trata-se do mínimo existencial.

Interessante colocação foi feita, nesse contexto, pelo Ministro relator, no sentido de que a expressão “em hipótese alguma” – fazendo-se referência ao trecho acima colacionado – demonstra que nem mesmo a vontade da maioria da população poderia tratar os direitos integrantes do mínimo existencial como secundários⁷⁵. Isso porque a democracia não seria apenas o respeito à vontade da maioria, mas, também, a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Outrossim, da mesma forma que os julgados analisados anteriormente, destacou a decisão acerca da necessidade de priorização dos direitos essenciais – falando-se aqui em mínimo existencial –, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana⁷⁶. Consoante consta da decisão em tela, a tese do mínimo existencial teria sido desenvolvida no âmbito do sistema jurídico alemão, tal como se observa:

Enrincheirado nesse imbróglio, o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a tese do "mínimo existencial", segundo a qual, a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna.

Logo, verifica-se que, desde o seu surgimento, o mínimo existencial já era considerado como o acesso a condições mínimas para uma vida digna. Importa destacar que tal definição vai ao encontro às exposições doutrinárias apresentadas no capítulo inicial, as quais estabelecem uma estrita ligação entre o mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o julgado traz importante apontamento acerca da diferença entre mínimo existencial e mínimo vital, noção esta que não fora abordada por nenhum dos outros precedentes examinados. Em análise aos argumentos despendidos no

⁷⁵ Nessa mesma linha de ideias, refere Eurico Bitencourt Neto “o campo dos direitos fundamentais está protegido contra eventuais pretensões aniquiladoras, ainda que apoiadas pela maioria das forças políticas representadas no parlamento ou no governo. Tal proteção significa que o legislador, se tem liberdade na conformação dos meios, não é livre para escolher não concretizar a dimensão prestacional dos direitos sociais” (BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 145)

⁷⁶ Assim, o conceito de mínimo existencial fora, mais uma vez, atrelado à noção de uma vida com dignidade.

acórdão, depreende-se que o mínimo existencial englobaria o mínimo vital – que pode ser definido como as condições que possibilitam a mera sobrevivência física –, mas não apenas ele, eis que abrangeria, também, as condições socioculturais que asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção e integração no âmbito social.

Nesse sentido, interessante notar que:

[...] a dignidade implica uma dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais [...] haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial.⁷⁷

Ademais, vale reiterar que, não obstante a pretensão pleiteada no processo em exame seja concernente ao direito à educação, o entendimento firmado pelo tribunal aplica-se perfeitamente ao direito à saúde, considerando que ambos caracterizam-se como direitos sociais, e que o mínimo existencial é conceito de ordem geral que não se vincula a nenhum direito social específico.

Tanto se aplica ao caso do direito à saúde que o referido acórdão foi utilizado como fundamento no Recurso Especial nº 1.068.731/RS, a fim de corroborar a tese acerca da legitimidade de atuação do Poder Judiciário quando estiver envolvido interesse nuclear do direito social à saúde, ou seja, quando se buscar a efetivação do mínimo existencial por meio da ação jurisdicional.

Após tecidas estas considerações, cumpre realizar uma análise acerca de algumas decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal (STF), as quais retratam o entendimento que vem sendo adotado pela corte constitucional suprema do país no que tange ao direito fundamental à saúde.

O primeiro caso a ser examinado é a decisão monocrática proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF⁷⁸, originária do Distrito Federal e de relatoria do Ministro Celso de Mello. Em síntese, trata-se de ADPF promovida pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto, emanado de ato do Presidente da República, que incidiu sobre o artigo

⁷⁷SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 24.

⁷⁸BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Decisão monocrática que julgou prejudicada a arguição de descumprimento de preceito fundamental**. ADPF 45. Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) e Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=45&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 16 nov.2013

55, §2º, de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias).

Sustentou o requerente que o veto presidencial teria incorrido em violação a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, a qual garantiu recursos financeiros mínimos a serem investidos nas ações e serviços públicos de saúde. Cumpre observar que, no decorrer do processo, fora editada a Lei nº 10.777/2003, a qual sanou a omissão legislativa apontada como descumpridora de preceito fundamental, razão pela qual a ADPF fora julgada prejudicada. Todavia, ainda que reconhecida a sua prejudicialidade, entendeu o E. STF que, devido à essencialidade do direito discutido – direito à saúde –, deveriam ser tecidas algumas considerações acerca do assunto.

Dessa forma, ainda que não tenha sido emitida decisão de mérito naqueles autos, impende analisar os argumentos exprimidos pelo Tribunal, eis que relevantes para o tema do direito social à saúde e do mínimo existencial. A relevância de tal julgamento é verificada, ainda, pelo fato de que a decisão passou a ser citada e utilizada como fundamentação em inúmeros julgamentos realizados após tal data.

A questão do mínimo existencial surgiu, na decisão, em meio à discussão acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em searas que são ordinariamente de competência dos demais Poderes, como, por exemplo, na formulação e execução de políticas públicas. Nesse contexto, entendeu o Ministro relator que, nos casos em que a inércia estatal ou um abusivo comportamento do governo comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando o mínimo existencial, se configura como legítima e justificada a atuação jurisdicional, a fim de efetivar os direitos cuja concretização tiver sido negada pelo ente estatal competente.

O mínimo existencial foi definido, por sua vez, como o “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”. Corroborase, portanto, o entendimento que vincula o conceito de mínimo existencial não apenas à condição de mera sobrevivência dos indivíduos, mas também a uma existência digna.

Assim, em restando violado o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, reconheceu o E. STF a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para assegurar a efetivação deste mínimo existencial, por se relacionar diretamente com

o princípio da dignidade da pessoa humana e não admitir, portanto, qualquer restrição. Tal ponto foi reiterado, ainda, na ementa do julgado, na qual restou consignado acerca da “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo ‘existencial’”.

Posto isso, passa-se a analisar o recentíssimo julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 581.352/AM⁷⁹, o qual é de origem do Estado do Amazonas e teve como relator o Ministro Celso de Mello. No aludido processo, irresignou-se o agravante, Estado do Amazonas, contra decisão monocrática que deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público estadual, condenando o ente estatal à ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. O Agravo Regimental restou desprovido.

De início, oportuno referir que o acórdão citado não trouxe, nos fundamentos do voto proferido pelo relator, menção expressa ao mínimo existencial. Todavia, em análise à sua respectiva ementa, verifica-se que fora ressaltado o direito dos indivíduos ao mínimo existencial. Com efeito, consta da ementa que será inaplicável a alegação da “reserva do possível” “sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. Além disso, restou assinalado que, em caso de omissão estatal, a atividade jurisdicional se justificaria em face da necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, como a proteção ao mínimo existencial.

Desse modo, ainda que no teor do voto do Ministro relator não exista expressa referência ao mínimo existencial, mostra-se interessante verificar quais os argumentos utilizados para que se chegasse ao entendimento constante da ementa. Apontou o relator, em seu voto, que a incumbência de implementar políticas públicas decorrentes da Constituição poderá ser atribuída, excepcionalmente, ao Poder Judiciário, nas situações em que os órgãos estatais competentes, por não cumprirem as obrigações que lhe são impostas, acabarem tornando ineficazes direitos individuais e/ou coletivos com *status* constitucional.

⁷⁹BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental**. RE 581352 AgR / AM. Estado do Amazonas e Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=581352&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 25 nov.2013

Aduziu o relator, ainda, que o Estado possui o dever de atribuir efetividade aos direitos fundamentais de índole social, bem como de “fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde”. Nessa linha, consta do voto que a cláusula da “reserva do possível” não poderá ser invocada, pelo Estado, para exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando tal conduta se configurar como um empecilho para a efetivação dos direitos constitucionais com sentido de essencial fundamentalidade.

Depreende-se, pois, que aí reside a aplicação do mínimo existencial, ainda que não explicitamente. Isso porque “direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade” – utilizando-se dos exatos termos adotados pelo relator –, nada mais são que direitos que não podem ser restringidos ou negados pelos entes estatais, o que corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, ao mínimo existencial (no caso do direito à saúde).

Por último, interessante destacar consideração feita no voto-relator do referido acórdão, no sentido de que não basta a mera positivação dos direitos sociais pelo Estado, exigindo-se, também, que seja conferida uma real efetividade a tais prerrogativas básicas. Em outras palavras, não basta o reconhecimento formal do direito à saúde; é essencial que o mesmo seja amplamente respeitado e garantido pelos entes estatais, através da realização de prestações positivas, sob pena de restar autorizada a intervenção jurisdicional, conforme já mencionado.

De extrema relevância, outrossim, o acórdão proferido no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP⁸⁰, originário do Estado de São Paulo e cujo relator foi, novamente, o Ministro Celso de Mello. Naqueles autos, o agravante, Município de São Paulo, irressignou-se quanto à decisão monocrática que negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual determinou ao órgão estatal municipal que matriculasse as crianças de até cinco anos em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do local de trabalho de seus responsáveis.

⁸⁰ BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental**. ARE 639337 AgR / SP. Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 16 nov.2013

Posicionou-se o E. STF, por unanimidade, pelo desprovimento do Agravo Regimental.

Neste caso, assim como em decisão do STJ já analisada anteriormente, o direito social envolvido é o direito à educação. Todavia, considerando-se que o julgado apreciou a questão atinente ao mínimo existencial, e que este conceito aplica-se a todos os direitos sociais, oportuno realizar o exame também deste precedente, utilizando-se das suas conclusões no âmbito do direito à saúde. Vale destacar que o direito à educação, assim como o direito à saúde, caracteriza-se como um direito social de segunda dimensão, vinculado ao modelo do Estado Social de Direito, de modo que, para sua efetivação, atribui-se ao Poder Público um dever de prestação positiva, ou seja, uma obrigação de agir.

Novamente em um contexto de confrontação entre a cláusula da “reserva do possível” e o mínimo existencial, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a mencionada cláusula estará sempre limitada, inevitavelmente, à exigência de preservação do mínimo existencial, o qual representaria emanção direta do postulado essencial da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de ideias, assevera o Ministro relator que o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se como verdadeiro valor-fonte em nosso ordenamento jurídico, com significativo valor interpretativo, e “que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.

De especial relevância é o fato de que, neste acórdão, foi delineado pelo STF um dos mais claros conceitos sobre o mínimo existencial, conforme se observa no trecho colacionado:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde [...].

Infere-se, pois, que, para a concretização dos direitos contidos no mínimo existencial, é necessária uma atuação positiva por parte do Estado, de modo a proporcionar uma existência digna aos cidadãos e garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais, ainda que apenas em seu núcleo essencial.

Posto isso, importante reiterar que a pesquisa jurisprudencial realizada não foi exaustiva, tendo em vista o grande número de decisões sobre o tema do direito à saúde. Dessa forma, buscou-se selecionar decisões que, em seu teor, abordassem a questão do direito fundamental à saúde e do mínimo existencial de forma clara e fundamentada.

Não restam dúvidas de que a jurisprudência, juntamente com a doutrina, desempenha um papel fundamental no processo de formação de conceitos e no estabelecimento de critérios/parâmetros para sua aplicação, especialmente quando envolvidos institutos – tais como o mínimo existencial – que não possuem uma definição fechada e absoluta, dependendo, pois, da sua inserção no caso concreto⁸¹.

Justamente por isso, objetivou-se conciliar o que diz a doutrina com uma análise jurisprudencial acerca do tema do mínimo existencial e de sua efetivação, a fim de que fosse possível constatar qual o tratamento que vem sendo dado ao assunto no sistema jurídico brasileiro. Após o exame das decisões selecionadas, é possível identificar alguns pontos que são recorrentemente abordados tanto pelo STF quanto pelo STJ, e que estão intimamente ligados ao contexto da efetivação do mínimo existencial no âmbito do direito fundamental à saúde.

A primeira questão que merece destaque, evidentemente, por se configurar como ponto central do presente trabalho, é a que concerne à própria definição e aplicação do mínimo existencial, conforme será exposto a seguir. Já resta claro, neste momento, que o mínimo existencial não se configura como um conceito estanque e absoluto, bem como que tem como principal qualidade o fato de estar intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. De fato, as decisões analisadas foram unânimes em vincular o conceito de mínimo existencial à garantia – ainda que em parâmetros mínimos – de uma vida digna aos indivíduos.

Cumprido destacar que, ao se falar em garantia a uma vida com dignidade, não se está fazendo referência apenas ao mínimo vital – entendido como aquele necessário à mera sobrevivência física do indivíduo –, mas também às condições

⁸¹Nesse sentido, observe-se o seguinte trecho: “Nesse universo problemático, a jurisprudência constitui, ao lado da doutrina, fonte valiosa de parâmetros de concreção, na medida em que o Judiciário participa ativamente do complexo processo de construção e maturação jurisprudencial de critérios moduladores não só do sentido das normas constitucionais pertinentes, mas também do conteúdo contextualizado de várias das categorias científico-instrumentais próprias da Teoria dos Direitos Fundamentais, conformando-as ao ethos brasileiro” (PARENTE, Analice Franco Gomes; REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente. Breves considerações sobre o fenômeno da “judicialização do direito à saúde” no Brasil. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 20., 2011, Vitória, ES. **Anais...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>> Acesso em: 11 jul.2013).

socioculturais que devem ser disponibilizadas ao indivíduo para que tenha um mínimo de inserção no ambiente social. Assim, não obstante o mínimo vital esteja englobado no conceito de mínimo existencial, esse não se resume àquele.

O mínimo existencial pode ser definido, pois – especialmente no âmbito dos direitos fundamentais sociais –, como um núcleo intangível de direitos que não pode ser preterido, restringido ou limitado pelo Poder Público, e cuja efetivação deve ser colocada como prioridade da atuação estatal⁸². Em outras palavras, primeiramente deve o Estado garantir – ao menos – o mínimo existencial do direito à saúde aos indivíduos, para, somente após, vir a discutir eventuais limitações que podem ser opostas a este direito social.

Reitere-se que o dever fundamental do Estado em garantir o direito à saúde possui uma esfera tanto negativa, no sentido da não intervenção do Poder Público nas liberdades individuais relacionadas à saúde, quanto positiva, que diz respeito ao dever estatal de fornecer prestações materiais a fim de concretizar o direito social à saúde.

No presente trabalho, porém, foi dado enfoque ao dever do Estado apenas no seu caráter prestacional (positivo), razão pela qual, quando se fala em necessidade de a atuação estatal priorizar a efetivação do mínimo existencial, está-se fazendo referência à escolha, por parte do Poder Público, das prestações materiais que serão – ou não – concedidas. Tais escolhas envolvem, conseqüentemente, uma decisão acerca da alocação dos recursos financeiros disponíveis, o que dá ensejo à alegação, pelos entes estatais, da cláusula da “reserva do possível”.

É possível concluir, nessa senda, que a posição de intangibilidade do mínimo existencial justifica-se, justamente, pela sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme previsão do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal⁸³, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil.

⁸² Aduz Eurico Bitencourt Neto que “Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais diretamente ligados à garantia de meios mínimos de subsistência, são parâmetros vinculantes da definição do conteúdo do direito ao mínimo existencial. Reconhecer este direito significa deixar claro que determinadas dimensões de direitos a prestações têm aplicabilidade direta e, em regra, não se condicionam pela reserva do caixa financeiro do Estado, quando esteja em risco uma existência humana digna, ou o respeito pela dignidade inerente à vida humana” (BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98).

⁸³“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

Dessa forma, caso violada a garantia do mínimo existencial, restará ofendido, por conseguinte, um dos fundamentos sobre o qual se assenta o Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Impende salientar que o aludido princípio configura-se como verdadeiro valor norteador do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Com efeito, ensina Daniel Sarmiento que “o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para a interpretação de todo o ordenamento”⁸⁴.

Ademais, conforme asseverado pelo STF em umas das decisões examinadas, ainda que não exista previsão constitucional expressa garantindo o mínimo existencial, a necessidade de ser o mesmo preservado decorre, em verdade, de fazer prevalecer a decisão política fundamental adotada pelo legislador constituinte no que tange à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

Assim, depois de delineados alguns dos principais traços e características atinentes ao mínimo existencial, é possível constatar que tal garantia, quando analisada abstratamente, não pode ser definida de forma sistemática e absoluta. Conclui-se que o mínimo existencial – assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual está diretamente vinculado – exige, para sua aplicação e respectiva delimitação, que sejam analisadas as características do caso concreto, para fins de verificar, por exemplo, o que se configuraria como uma vida digna, em matéria de saúde, para determinado indivíduo.

Nesse mesmo sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, ao reconhecerem:

[...] a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial⁸⁵.

Nos julgados pesquisados, foi possível conferir alguns exemplos concretos de prestações que foram concedidas pelos tribunais sob a justificativa – ainda que apenas implícita – de que seriam decorrentes da garantia do mínimo existencial, tais

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 nov.2013.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 2003. p. 73.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 26.

como a disponibilização de leitos clínicos e de UTI's adulto em hospital municipal, ou a ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais.

Não obstante os exemplos mencionados, é evidente que não há como se preestabelecer uma lista taxativa de prestações a serem realizadas pelo Estado, no âmbito do direito à saúde, para fins de efetivação do mínimo existencial. Com efeito, no caso concreto, a delimitação do conteúdo do mínimo existencial pelo julgador dependerá da análise de diversos fatores, como, por exemplo, as necessidades de cada pessoa ou de seu núcleo familiar⁸⁶.

Percebe-se, pois, que o direito ao mínimo existencial somente se perfectibiliza quando inserido em um contexto concreto, o qual irá exigir que o julgador atente às peculiaridades de cada situação específica, exercendo uma interpretação e fundamentação das normas e princípios à luz da Constituição, “cujo resultado poderá variar em razão das especificidades fáticas do caso”⁸⁷.

De outra banda, relevante é a colocação de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁸⁸, no sentido de que, não obstante os direitos sociais e o mínimo existencial tenham dimensões em comum, os aludidos direitos não podem ser “reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial”.

Com efeito, o mínimo existencial configura-se como o núcleo dos direitos fundamentais que não é passível de restrição e cuja efetivação é dever impositivo do Estado, através de quaisquer de seus poderes. Não se desvincula o Poder Público, todavia, de fornecer prestações quanto aos direitos que excedam à delimitação do mínimo existencial, sob pena de esvaziamento do próprio conteúdo dos direitos sociais⁸⁹.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 26.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 25.

⁸⁹ No mesmo sentido é a lição de Eurico Bitencour Neto, segundo o qual “O reconhecimento de um direito ao mínimo existencial para uma existência digna não deve conduzir, no modelo de Estado de Direito democrático e social, especialmente em Constituições analíticas quanto a direitos fundamentais, à conclusão de que os direitos sociais a prestações, no que ultrapassa o mínimo necessário à proteção da dignidade, não são direitos fundamentais. Em outras palavras, o mínimo existencial não significa que os direitos sociais só são fundamentais quanto ao mínimo de suas possibilidades” (BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 144).

2.2 Da impossibilidade de limitação do mínimo existencial – Análise à luz do princípio da separação dos poderes e da cláusula da “reserva do possível”

Depois de realizada a pesquisa e análise das decisões proferidas pelas cortes superiores em demandas que envolviam o direito fundamental à saúde – ou, excepcionalmente, o direito à educação – e visavam à efetivação do mínimo existencial, foi possível tirar algumas conclusões acerca do tema.

Com efeito, por meio da apreciação de casos concretos, verificou-se de que forma o mínimo existencial é conceituado e efetivado pelo Poder Judiciário, bem como quais critérios/parâmetros são seguidos para sua aplicação, especialmente no que concerne à sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pela pesquisa jurisprudencial realizada constatou-se, também, que os entes estatais frequentemente tentam se eximir do seu dever, previsto constitucionalmente, de efetivar o direito fundamental à saúde, alegando, para tal, que eventual concessão de prestação positiva por meio de atuação jurisdicional viria a ofender o princípio da separação dos poderes e a cláusula da “reserva do possível”. São estes aspectos, pois, que serão discutidos neste último subcapítulo, a fim de verificar quais os fundamentos adotados para o afastamento das alegadas limitações.

O primeiro ponto a ser examinado diz respeito à questão da legitimidade, por parte do Poder Judiciário, para determinar a realização de prestações materiais com o intuito de efetivar o direito fundamental social à saúde. Depreende-se dos julgados pesquisados que, não obstante tenha a Constituição Federal consagrado o princípio da separação dos poderes, atribuindo aos poderes constituídos as suas respectivas competências, tal princípio não restará ofendido quando o administrador ou o legislador se mantiverem omissos – ou insuficientes – na efetivação dos direitos fundamentais sociais, e, dessa forma, for necessária a intervenção jurisdicional.

Com efeito, quando a inércia estatal ou o comportamento insuficiente do governo vier a comprometer a eficácia dos direitos fundamentais sociais – considerados aqui na sua esfera prestacional (positiva) –, afetando o mínimo existencial, mostra-se legítima a atuação do Poder Judiciário visando à concretização dos direitos negados⁹⁰.

⁹⁰ Cumpre ressaltar, todavia, conforme lição de Lênio Luiz Streck, “que não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de

Interessante observar, nessa linha, colocação feita pelo STF sobre o tema da atuação jurisdicional (AgR em RE 581352):

[...] dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Segundo apontado pelo STF em um dos julgados apreciados (RE 581352 AgR / AM), o dever de formular e implementar políticas públicas incumbe, via de regra, aos Poderes Legislativo e Executivo. Excepcionalmente, porém, tal atribuição poderá ser conferida ao Poder Judiciário, quando se constatar que os órgãos estatais competentes, em razão de omissão ou descumprimento às obrigações que lhe são impostas, tornarem ineficazes direitos individuais e/ou coletivos com *status* fundamental.

No que tange à atuação do Poder Judiciário visando a tornar efetivos direitos econômicos, sociais e culturais, já se manifestou o STF, consoante voto-relator do RE 581352 AgR / AM, no sentido de que, “se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito da violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental [...]”.

Ora, a partir do momento em que o Poder Público se mantém omisso quanto à efetivação dos direitos fundamentais, atingindo o mínimo existencial dos indivíduos, ou seja, deixando de garantir uma vida com um grau – ainda que mínimo – de dignidade, a atuação estatal deixa de ser legítima e passa a configurar uma afronta ao próprio Estado Democrático de Direito⁹¹.

Isso porque, assim agindo, o Estado deixa de respeitar os postulados estabelecidos pelo legislador constituinte como norteadores de um modelo estatal

decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Em síntese, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”. (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220)

⁹¹ Fazendo referência ao contexto posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, pondera o Superior Tribunal de Justiça que, “Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos” (conforme consta do voto-relator proferido no REsp 1041197 / MS).

democrático e garantidor de direitos fundamentais, com destaque, aqui, para a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, a discricionariedade que é atribuída aos poderes constituídos para a escolha acerca das prestações materiais que serão realizadas, bem como para decidir acerca da alocação de recursos financeiros, encontra limites na delimitação do mínimo existencial.

Tal fato tem especial relevância em se tratando de direito à saúde. Isso porque não há como se admitir que, em decorrência de omissão estatal ou de uma má gestão financeira dos recursos públicos, venham os indivíduos a sofrer restrições no núcleo essencial do seu direito fundamental à saúde, o que acabaria por afetar não apenas o direito a uma vida com dignidade, mas, também, o próprio direito à vida. Outrossim, relevante destacar que:

[...] quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais⁹².

Logo, não poderá o Estado deixar de efetivar – ou fazê-lo insuficientemente – os direitos resguardados pelo mínimo existencial. Caso assim o faça, autorizado estará o cidadão a buscar, através do Poder Judiciário, prestações materiais que concretizem o mínimo existencial do seu direito fundamental à saúde⁹³, sendo inoponível a alegação de violação ao princípio democrático ou à separação dos poderes. Nesse contexto, interesse pontuar que:

O direito ao mínimo existencial é o trunfo principal que permite afastar, quando necessário, a legitimidade democrática das escolhas, substituindo-a pela legitimidade constitucional da ação jurisdicional. Neste caso, admitindo ser a dignidade da pessoa humana o valor central do Estado de Direito

⁹²SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

⁹³Ensina Eurico Bitencourt Neto que, quando a efetivação do mínimo existencial exigir uma intervenção estatal a fim de assegurar prestações materiais mínimas para uma existência digna, a referida pretensão deve ser dirigida inicialmente ao legislador, para que escolha os meios e os recursos que serão utilizados para tanto. Em “*ficando inerte o legislador, ou regulando o direito de modo insuficiente, autoriza também aqui intervenção jurisdicional direta para regular a norma de solução do caso concreto*” (BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 129). Logo, segundo o autor, a atuação jurisdicional apresentaria um caráter secundário, ou seja, seria exercida de modo complementar à atuação do ente estatal competente.

democrático e social, para que seja mantido ou restaurado o seu respeito, a Constituição permite o afastamento excepcional do princípio democrático⁹⁴.

No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, seguindo, pois, o entendimento firmado no âmbito do STF e STJ, conforme se observa no excerto abaixo colacionado:

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.⁹⁵

Ressalve-se, contudo, que a atuação jurisdicional deve pautar-se pela máxima cautela e responsabilidade⁹⁶, atentando às peculiaridades do caso concreto. Impende salientar que, muitas vezes, são extremamente sutis os limites entre a legitimidade do controle exercido pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio democrático, e a intromissão jurisdicional indevida nas questões relativas à discricionariedade das políticas públicas de preservação do direito à saúde, o que corrobora a exigência de máxima responsabilidade por parte do julgador.

Diante disso, resta claro que, quando se constatar a ocorrência de omissão ou atuação insuficiente por parte dos entes estatais competentes, poderá o Poder Judiciário – sem incidir em qualquer afronta ao princípio da separação de poderes – atuar positivamente a fim de conceder prestações materiais ao indivíduo ou coletividade que vise à efetivação do seu direito ao mínimo existencial, considerado, aqui, no âmbito do direito fundamental à saúde.

Feitas tais considerações, passa-se à apreciação de outra limitação que, do mesmo modo, é frequentemente suscitada pelos entes estatais como suposta

⁹⁴BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130.

⁹⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão que deferiu a antecipação de tutela a fim de conceder o medicamento pleiteado**. AG 5003256-91.2012.404.0000. Auda Ladislau Schon, Estado do Paraná e União. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 19 de abril de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4915875> Acesso em: 09 jul.2013

⁹⁶SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31.

justificativa para a impossibilidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Trata-se da cláusula da “reserva do possível”.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, a “reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”⁹⁷. Tal cláusula traduz entendimento segundo o qual, em síntese, as prestações materiais devidas em decorrência dos direitos sociais dependeriam da existência de recursos financeiros, por parte do Estado, para o seu cumprimento.

Não obstante a constante confrontação que se faz entre a cláusula da “reserva do possível” e o mínimo existencial, cumpre destacar que a jurisprudência tem se posicionado, reiteradamente, pelo afastamento da mencionada limitação quando estiverem em discussão os direitos englobados pelo mínimo existencial. Com efeito, quando do julgamento do AgR em ARE 639337/SP⁹⁸, manifestou-se o E. STF pela impossibilidade de limitação do mínimo existencial pela cláusula da “reserva do possível”, conforme trecho esclarecedor constante do voto-relator:

Cabe ter presente [...], consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana [...].

Verifica-se, pois, que a decisão foi bastante clara quanto à prevalência do mínimo existencial, por estar diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobre a cláusula da “reserva do possível”, não admitindo aquele direito, portanto, a oposição de quaisquer limitações à sua efetivação.

Nesse mesmo sentido afirma Eurico Bitencourt Neto, segundo o qual, mesmo que os direitos de natureza prestacional estejam “vinculados à possibilidade material

⁹⁷SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

⁹⁸BRASIL. Supremo tribunal Federal. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental**. ARE 639337 AgR / SP. Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=639337&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 16 nov.2013

de sua realização, ou a uma reserva do materialmente possível, o direito ao mínimo existencial não se vincula a tal limite”, haja vista o caráter prioritário da ação estatal visando conceder as condições necessárias para uma vida digna⁹⁹. Ainda no que tange à discussão acerca da aplicação da “reserva do possível” em detrimento do mínimo existencial, ressalte-se que:

[...] embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações [...] e, portanto, plenamente exigível também pela via judicial. As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa humana, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar¹⁰⁰.

Vale enfatizar que o dever estatal de fornecer prestações materiais (atuação positiva), com o intuito de garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais, possui especial relevância neste subcapítulo, tendo em vista que acarreta, via de regra, um ônus econômico bastante significativo para o Estado, o qual é utilizado para justificar a aplicação da cláusula da “reserva do possível”.

Nessa senda, interessante crítica foi tecida por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo acerca da generalização da “reserva do possível” como argumento justificador da omissão estatal na promoção de direitos sociais, conforme se observa:

O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social¹⁰¹.

Realmente, não se pode admitir que a limitação da “reserva do possível” seja utilizada de forma indistinta e genérica pelo Poder Público como justificativa para a sua omissão na promoção de prestações materiais, sob pena de esvaziamento do próprio conteúdo e *status* jurídico fundamental dos direitos sociais.

⁹⁹BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 131.

¹⁰⁰SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

¹⁰¹Ibid., p. 32.

Outrossim, ao suscitar a cláusula da “reserva do possível”, deve o Estado comprovar a efetiva insuficiência de recursos financeiros para a satisfação das prestações cujo cumprimento lhe é imposto por previsão constitucional, bem como demonstrar a aplicação eficiente dos recursos disponíveis¹⁰². Nessa linha, assim se manifestou o STJ quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.136.549/RS, no que tange à inexistência de empecilho para a efetivação do direito ao mínimo existencial, ainda que possua uma dimensão econômica relevante:

Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.¹⁰³

Apenas para corroborar os posicionamentos já expostos, vale pontuar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região também já se manifestou pela inaplicabilidade da “reserva do possível” quando oposta a princípios constitucionais maiores, tal como o direito à saúde, nos seguintes termos:

Embora seja certo que os gestores públicos encontram-se sujeitos a diversas limitações quando se trata da alocação de recursos públicos, comumente inseridas na idéia da reserva do possível, não se pode aceitar, com isso, a vulneração de princípios constitucionais maiores, como o são o direito à saúde, ao saneamento básico, à segurança alimentar e à educação, especialmente porque estes, em última ratio, constituem expressão da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.¹⁰⁴

Diante de todo o exposto, resta claro que ao mínimo existencial não podem ser opostas quaisquer limitações, tais como as que foram abordadas neste subcapítulo, quais sejam, o princípio da separação dos poderes e a cláusula da “reserva do possível”. Tal entendimento decorre da estrita ligação existente entre o

¹⁰²SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32.

¹⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental**. AgRg no REsp 1136549/RS. Município de Esteio e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10592199&sReg=200900766912&sData=20100621&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 09 jul.2013

¹⁰⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão que negou provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação**. APELREEX 5001471-05.2010.404.7004. Ministério Público Federal, União, FUNAI, FUNASA e Estado do Paraná. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244904> Acesso em: 09 jul.2013

mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, conforme já mencionado em momento anterior, foi reconhecido como verdadeiro fundamento em que se assenta o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, após a análise jurisprudencial e doutrinária realizada, conclui-se que, não obstante as limitações referentes ao princípio da separação dos poderes e à cláusula da “reserva do possível” possam ser opostas aos direitos sociais, tal discussão somente será admitida após a efetivação dos direitos atinentes ao mínimo existencial, o qual, reitera-se, é impassível de qualquer restrição.

CONCLUSÃO

Após a realização da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, e da análise dos resultados obtidos, é possível extrair algumas conclusões quanto à questão do mínimo existencial, no que concerne ao direito fundamental à saúde. Cabível verificar, nesse contexto, se foram atingidos os objetivos geral e específicos estabelecidos quando do início do presente trabalho.

No primeiro capítulo, fora devidamente traçado um panorama histórico sobre os modelos de Estado, os quais foram relacionados às respectivas dimensões de direitos fundamentais. Restou assentado, nessa senda, que os direitos sociais inserem-se na segunda dimensão de direitos fundamentais, os quais envolviam uma pretensão de caráter tanto defensivo (no sentido de respeito às liberdades individuais) quanto prestacional (que autorizava os indivíduos a pleitearem prestações materiais do Estado, a fim de efetivar os seus direitos sociais).

Reconheceu-se, ainda, que o direito à saúde, por se tratar de direito fundamental social, também abarcaria esta possibilidade de se exigir do Poder Público uma atuação positiva para sua concretização. Nesse caso, em havendo uma atuação omissa ou insuficiente por parte dos entes estatais competentes, autorizado estaria o indivíduo ou a coletividade a socorrer-se do Poder Judiciário para tal, a fim de que lhe seja efetivado – ao menos – o direito ao mínimo existencial. Assim, examinou-se, após, a definição conferida pela doutrina ao mínimo existencial, concluindo-se que o mesmo se vincula diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Feito isso, passou-se, no segundo capítulo, à pesquisa jurisprudencial, a fim de analisar qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a questão do mínimo existencial, analisando-se as conceituações que lhe foram atribuídas e os critérios ou parâmetros utilizados para sua aplicação, através de decisões especificamente selecionadas para tal.

Constatou-se, nessa linha, que o entendimento jurisprudencial coaduna-se com o doutrinário (exposto no primeiro capítulo do trabalho), eis que ambos relacionaram o conceito de mínimo existencial às condições mínimas para que o indivíduo possua uma vida digna, ou seja, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, pode-se concluir que o mínimo existencial se configura como

direito irrestrito e ilimitado, devendo ser considerado como prioridade do Estado, especialmente em sua esfera prestacional.

Outrossim, inferiu-se que, não obstante seja possível delinear, de forma abstrata, alguns traços que dizem respeito ao mínimo existencial, não há como lhe ser atribuído um sentido fechado ou taxativo – no que se refere às prestações aí incluídas –, tendo em vista que depende da realização de uma análise, por parte do julgador, das peculiaridades atinentes ao caso concreto, de forma que a delimitação do seu conteúdo poderá variar de uma situação para outra, sempre preservando-se, contudo, o direito a condições mínimas de uma vida digna.

Por fim, após constatar-se, pelo exame às decisões jurisprudenciais, que o mínimo existencial não pode ser objeto de qualquer restrição, percebeu-se que o princípio da separação dos poderes e a cláusula da “reserva do possível” – limitações frequentemente suscitadas pelo Poder Público – não são aptas a justificar a sua omissão ou insuficiência estatal quanto à efetivação do direito à saúde. De fato, tais limitações somente podem ser discutidas – quanto à possibilidade de restringir os direitos fundamentais sociais – depois que já efetivado o direito ao mínimo existencial.

Diante do exposto, verifica-se que o objetivo geral do presente trabalho, qual seja, analisar eventual definição do mínimo existencial e critérios ou parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário para sua aplicação, restou atingido. Isso porque, não obstante não tenha sido possível delinear uma conceituação taxativa e estanque de mínimo existencial – eis que o mesmo depende das particularidades atinentes a cada caso concreto –, prosperou-se traçar algumas características e tributos que dizem respeito, de modo geral, a tal direito.

Cumprir destacar que não se tinha a pretensão de esgotar o assunto relativo ao mínimo existencial no presente trabalho – especialmente em razão da complexidade e relevância do direito envolvido –, mas sim contribuir para o esclarecimento sobre a sua conceituação, a fim de facilitar a aplicação de tal direito em questões de ordem prática e teórica.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que conheceu parcialmente do recurso especial e, nesse ponto, negou-lhe provimento.** REsp 1041197 / MS. Estado do Mato Grosso do Sul e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Humberto Martins. 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800598307&dt_publicacao=16/09/2009> Acesso em: 16 nov.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental.** AgRg no REsp 1136549 / RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Município de Esteio. Relator: Min. Humberto Martins. 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900766912&dt_publicacao=21/06/2010> Acesso em: 16 nov.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que deu provimento ao recurso especial.** REsp 1068731 / RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. 17 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801379303&dt_publicacao=08/03/2012> Acesso em: 16 nov.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que negou provimento ao recurso especial.** REsp 1185474 / SC. Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Município de Criciúma. Relator: Min. Humberto Martins. 20 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010> Acesso em: 16 nov.2013.

_____. Supremo tribunal Federal. **Decisão monocrática que julgou prejudicada a arguição de descumprimento de preceito fundamental.** ADPF 45. Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) e Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%2>>

[4%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp](http://tinyurl.com/a9kzfp)> Acesso em: 16 nov.2013.

_____. Supremo tribunal Federal. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental. RE 581352 AgR / AM.** Estado do Amazonas e Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>> Acesso em: 25 nov.2013.

_____. Supremo tribunal Federal. **Acórdão que negou provimento ao agravo regimental. ARE 639337 AgR / SP.** Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 16 nov.2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão que deferiu a antecipação de tutela a fim de conceder o medicamento pleiteado.** AG 5003256-91.2012.404.0000. Auda Ladislau Schon, Estado do Paraná e União. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 19 de abril de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4915875> Acesso em: 09 jul.2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Acórdão que negou provimento à remessa oficial e aos recursos de apelação.** APELREEX 5001471-05.2010.404.7004. Ministério Público Federal, União, FUNAI, FUNASA e Estado do Paraná. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244904> Acesso em: 09 jul.2013.

BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição (1946)**. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>>. Acesso em: 13 nov.2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

_____. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. O direito da saúde! In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A Transformação do Estado**: Neoliberalismo, Globalização e Conceitos Jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PARENTE, Analice Franco Gomes; REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente. Breves considerações sobre o fenômeno da “judicialização do direito à saúde” no Brasil. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 20., 2011, Vitória, ES. **Anais...** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>> Acesso em: 11 jul.2013.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 nov.2013.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 2003.

SCHWARTZ, Germano. Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

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

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.