

**A ingerência do Judiciário sob a perspectiva do neoconstitucionalismo: entre o mínimo existencial e a reserva do possível**

***La injerencia del Poder Judicial desde la perspectiva del neoconstitucionalismo: entre el mínimo existencial y la reserva de lo posible***

Samuel Porto Morais<sup>1</sup>  
Matheus Bicca Menezes<sup>2</sup>

**RESUMO**

Diante da omissão ou insuficiência na prestação estatal de diversos serviços públicos relacionados à concretização de direitos fundamentais, a sociedade passou a buscar junto ao Poder Judiciário mecanismos para coagir o Poder Executivo a garantir a prestação. Contudo, a concretização desse direito através da tutela jurisdicional faz com que o Poder Judiciário atue como formulador de políticas públicas, competência originária conferida ao Poder Executivo. O problema da pesquisa é verificar se essa ingerência do Poder Judiciário mais fere a separação de poderes ou busca concretizar os fundamentos que regem a República do Brasil. Nesse sentido, o objetivo geral é discorrer sobre as incursões do minimalismo judicial, das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível a fim de demonstrar acepções jurídicas capazes de apresentar elementos interpretativos a respeito dessa realidade constante do cotidiano. Quanto à metodologia, utilizou-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. O resultado obtido com a pesquisa aponta que a discussão sobre o tema não é estanque, porém através da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, influenciado pelo neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário não está avançando a competência dos demais Poderes, tendo em vista que resguarda os preceitos constitucionais em sua ingerência, especialmente a tutela de direitos fundamentais, sendo, portanto, legítima a sua intervenção, desde que seja de forma razoável e ponderada.

**Palavras-chave:** prestação estatal, direitos fundamentais, Poder Executivo, Poder Judiciário, neoconstitucionalismo.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: samuelportomorais@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: matheusbiccam@gmail.com

## RESUMEN

*Ante la omisión o insuficiencia en la prestación estatal de diversos servicios públicos relacionados con la realización de derechos fundamentales, la sociedad comenzó a buscar mecanismos desde el Poder Judicial para coaccionar al Ejecutivo a garantizar la prestación. Sin embargo, la realización de este derecho a través de la tutela judicial hace que el Poder Judicial actúe como formulador de políticas públicas, competencia originaria conferida al Poder Ejecutivo. El problema de la investigación es verificar si esta interferencia del Poder Judicial perjudica más la separación de poderes o busca concretar los fundamentos que rigen la República de Brasil. En este sentido, el objetivo general es discutir las incursiones del minimalismo jurídico, las teorías del mínimo existencial y la reserva de lo posible con el fin de demostrar significados jurídicos capaces de presentar elementos interpretativos respecto de esta realidad constante de la vida cotidiana. En cuanto a la metodología se utilizó el método de investigación hipotético-deductivo, en investigación teórica y cualitativa con uso de material bibliográfico y documentos legales. El resultado obtenido de la investigación señala que la discusión sobre el tema no es estanca, sino que a través de la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, influida por el neoconstitucionalismo, el Poder Judicial no está adelantando las competencias de los demás Poderes, al considerar que salvaguarda el orden constitucional. preceptos en su injerencia, especialmente en la protección de derechos fundamentales, por lo que su intervención es legítima, siempre que sea razonable y considerada.*

**Palabras clave:** *provisión estatal; derechos fundamentales; Poder Ejecutivo; Poder Judicial; neoconstitucionalismo.*

## 1 INTRODUÇÃO

O enfoque principal do presente trabalho foi o estudo do ativismo judicial para a concretização do direito à saúde à luz do princípio da separação dos poderes, sob o prisma da alteração do orçamento público por meio de decisões judiciais que implementam políticas públicas de saúde, cuja competência originária é atribuída ao Poder Executivo.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte positivou o direito à saúde como direito social, integrante dos direitos fundamentais, sendo considerado um direito público subjetivo do indivíduo, de aplicação imediata.

Além disso, observa-se que o legislador originário dedicou especial atenção ao direito à saúde, especialmente pelas disposições contidas nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal. Por meio desses dispositivos consagrou que a saúde é um direito do indivíduo e um dever de contraprestação de todos os entes estatais, devendo garantir o direito à saúde mediante a implementação de políticas públicas, assegurando a universalidade de prestação e isonomia no atendimento.

Em razão da ineficiência dos Poderes Políticos, houve um aumento exponencial de demandas perante ao Poder Judiciário, especialmente na seara da saúde pública, circunstância que está ocasionando a judicialização da política. Aliado a isso, verificou-se que a potencialização das ações judiciais é decorrente do neoconstitucionalismo e do modelo de constitucionalização adotado, pautado pelo acesso à justiça.

Nessa perspectiva, é que surge o ativismo judicial, onde o Poder Judiciário na resolução dos conflitos adota uma atuação ativista buscando concretizar os comandos legais, mesmo que para tanto orbite na esfera de competência dos demais Poderes. Diante da judicialização da política e do ativismo judicial, o Poder Judiciário passou a ter uma ascensão sobre os demais Poderes, circunstâncias que recebem diversas críticas por parte da doutrina, especialmente diante do princípio da separação dos poderes concebido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, diante das características atribuídas pelo ordenamento jurídico ao direito à saúde, aliado a ineficiência na prestação do serviço que tampouco garante o mínimo existencial ao cidadão, é legítimo que o indivíduo verificando que seu direito esteja sendo violado ou em sua iminência, ajuíze ação judicial para que o Estado cumpra com a finalidade estabelecida pela Constituição Federal.

Entretanto, o ativismo judicial na concretização do direito à saúde é criticado pelas consequências que acarretam no orçamento público, havendo parte da doutrina que considera uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Isso

porque, as políticas públicas a serem implementadas na sociedade são previstas no orçamento público, elaborado previamente pelo Poder Executivo e aprovado pelo Poder Legislativo.

Assim é, que a decisão judicial que efetiva o direito à saúde acaba indiretamente influenciando o orçamento público, pois há a necessidade do Poder Executivo realocar os recursos previamente definidos na norma orçamentária para cumprir a decisão judicial. A partir disso é que surge o debate, se a interferência do Poder Judiciário na seara de atuação típica dos demais Poderes, ofende o princípio da separação dos poderes.

Conforme delineado no presente trabalho, não é pacífico na doutrina e pelos operadores do direito se essa intervenção do Poder Judiciário para cumprimento do atendimento à saúde ofende o princípio da separação dos poderes, tanto é que há teorias concebidas que buscam limitar sua atuação. Porém, na ocorrência de omissão ou ineficácia na prestação do direito à saúde por parte do Poder Executivo, não é concebível que o indivíduo permaneça com seu direito violado.

Isso porque a Constituição Federal atribuiu ao direito à saúde o *status* de direito social, integrando os direitos fundamentais, sendo um direito público subjetivo do indivíduo, de aplicação imediata, razão pela qual o Poder Judiciário não está invadindo a esfera de competência dos demais Poderes, mas, sim, está fazendo cumprir os comandos previstos na Constituição Federal.

Portanto, muito embora a matéria não seja estanque, havendo posicionamentos contrários, não há que se falar, na hipótese, de violação ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário ao deliberar no caso concreto acabe indiretamente alterando, por via reflexa, o orçamento público previamente estabelecido pelo Poder Executivo.

Além disso, tem-se que a teoria clássica da tripartição dos poderes concebida por Montesquieu e internalizada pela Constituição Federal foi flexibilizada, pois se permite uma interpenetração entre os Poderes, visando a eficiência do Estado na concretização de direitos, mormente os fundamentais.

Logo, o Poder Judiciário por meio das decisões judiciais exerce um papel de transformação social, garantindo que as políticas públicas sejam efetivadas. Não

havendo, por conseguinte, usurpação de competências, pois a finalidade do concretismo do direito à saúde pelo Judiciário é atender os comandos inseridos na Constituição Federal, finalidade precípua de todos os Poderes.

Dessa forma, é aceitável a intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, desde que seja de forma razoável e ponderada, a fim de evitar a centralização do Poder, pois na condição de guardião da Constituição, deve prezar pelo seu fiel cumprimento.

## **2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

O constituinte originário da Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário a função de dizer o direito. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário desempenha um papel de fundamental relevância no cumprimento das normas positivadas no ordenamento jurídico.

Nessa esteira, conforme adiante exposto, nos últimos anos, em especial sob o prisma da atual Carta Magna, verificou-se o aumento exponencial de demandas perante o Poder Judiciário, crescimento decorrente do modelo constitucional adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, circunstância que acarretou, segundo parte da doutrina constitucionalista, na judicialização da política e no ativismo judicial, mecanismos que recebem inúmeras críticas.

Contudo, para que esses instrumentos, segundo essa parte da doutrina, passassem a integrar as características de atuação do Poder Judiciário, há a necessidade de fazer uma reflexão do contexto histórico das atividades desempenhadas por este Poder, descrevendo as bases constitucionais que nortearam o desenvolvimento do Poder Judiciário.

Historicamente, no período prévio as duas grandes guerras, o modelo constitucional adotado na maioria dos países capitalistas era distinto do modelo atualmente utilizado. Naquela época, as Constituições eram caracterizadas por serem um aglutinado de normas de cunho político, necessitando de uma regulamentação, que poderia ser realizada pelo Legislativo ou até mesmo pelo Executivo. Após esse

período, passou a vigorar o Estado Constitucional de Direito, que modificou o papel do Poder Judiciário no ordenamento jurídico. A Constituição não é mais compreendida como um documento de conteúdo político, ela passa a ser caracterizada como documento de cunho jurídico. Assim, a Constituição não é apenas aquele documento que regulamenta formalmente a elaboração das normas infraconstitucionais, ela delimita o conteúdo material da norma (Barroso, 2015, p. 436).

Acrescenta Aranha Filho e Aranha que as diversas transgressões aos direitos humanos na segunda grande guerra influenciaram diretamente na constitucionalização de direitos fundamentais, com o intuito de evitar novas violações, circunstância que impulsionou a força normativa da Constituição. Assim, houve a expansão do modelo de Estado Social e do intervencionismo estatal, culminando com a transformação do papel do Poder Judiciário e de aplicação da Constituição, pois conferiu ao indivíduo a possibilidade de exigir do Estado a prestação das normas sociais contidas na carta maior (2014, p. 309).

De acordo com Costa e Leheld (2013, p. 38), esse novo modelo caracterizado pela formulação de um Estado Constitucional de Direito é nomeado pela doutrina de neoconstitucionalismo.

Segundo Barroso (2015, p. 436), a partir dessa nova concepção, passa a prevalecer "a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais".

Para Moraes (2014, p. 789), os mecanismos presentes na Constituição Federal de 1988 e a mutação da concepção da Constituição, aliados a positivação de direitos sociais e a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, impulsionaram a ascensão do Poder Judiciário.

Nessa senda, em decorrência dessa alteração da compreensão das Constituições, o Poder Judiciário passou a ocupar, em tese, um nível de superioridade em detrimento dos demais Poderes. Isso porque, com a jurisdição constitucional, coube ao Poder Judiciário a interpretação da Constituição Federal e das demais normas que compõem o ordenamento jurídico (Barroso, 2015, p. 437).

De acordo com Alencar Filho (2017, p. 37-38), o modelo constitucional adotado, especialmente as políticas de acesso à justiça positivadas na Constituição Federal, impulsionaram a judicialização de contendas, de forma que as mais diversas demandas são levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva é que se propaga o mecanismo denominado de judicialização da política. A partir do momento em que o Estado, no exercício de suas atribuições constitucionais, não atende as pretensões dos indivíduos, especialmente nas questões de políticas públicas, as contendas são levadas ao Poder Judiciário, Órgão que possui competência constitucional para analisar e dirimir conflitos de acordo com a lei (Alencar Filho, 2017, p. 38).

Segundo Barroso (2015, p. 421-422), por causa da característica social da Constituição Federal, com a previsão de uma gama de direitos, bem como pelos novos mecanismos de tutela desses direitos, o número de ações judiciais aumentou vertiginosamente, circunstância que acarretou, como salientado, na ascensão do Poder Judiciário, modificando as características na formatação das decisões, que passaram a tratar de questões eminentemente políticas.

Nessa esteira, Lenhard (2008, p. 76) leciona que o direito está diariamente avançando sobre o campo que originariamente era destinado a política. Assim, o fenômeno da judicialização da política está expandindo a atuação do Poder Judiciário em contraponto a atuação dos demais Poderes.

Desse modo, a judicialização da política faz com que temas que costumeiramente eram planejados e executados pelos Poderes Legislativo e Executivo, sejam decididos pelo Poder Judiciário, atribuindo-o a característica de implementar políticas públicas (Alencar Filho, 2017, p. 38-39).

Contudo, salienta Alencar Filho (2017, p. 40) que judicializar, em qualquer circunstância, questões relacionadas a implementação de políticas públicas ou de funções precipuamente conferidas aos demais Poderes, vai de encontro com a separação dos poderes estabelecida por Montesquieu, pois não é razoável que um Poder acumule as funções de legislar, executar e julgar, sob pena de estar-se suscetível a arbitrariedades. Além disso, Lenhard (2008, p. 81) leciona que a judicialização de questões políticas retira da esfera do debate governamental as

decisões sobre políticas públicas, submetendo-as ao crivo judicial, competência originariamente conferida aos Poderes com representatividade direta da população.

Por outro lado, Barroso (2015, p. 440) leciona que a judicialização da política e das relações sociais no Brasil decorre do modelo de constitucionalização e do sistema de controle de constitucionalidade adotado. A Constituição Federal é caracterizada justamente por ser abrangente e analítica, o que fomenta a judicialização de demandas. Da mesma forma, o Brasil adota o controle misto de constitucionalidade, onde todo Juiz ou Tribunal, no caso concreto, pode decidir a respeito da (in)constitucionalidade da norma atacada e, por meio do controle abstrato, é permitido o ajuizamento de demandas diretamente à corte constitucional.

Assim é, que o ativismo judicial está voltado a "uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (Barroso, 2015, p. 441-442).

Para Alencar Filho (2017, p. 46) o ativismo judicial decorre, principalmente, da judicialização da política, por meio dos mecanismos usados para tomada de decisões nos processos judiciais. Contudo, o ativismo pode ser expressado na seara extrajudicial, a partir do momento em que membros do Poder Judiciário expõem suas opiniões que indicam uma posição exclusivamente política, circunstâncias que podem reverberar na sociedade.

Segundo Fernandes (2003, p. 92-93), o ativismo judicial decorre de diversos fatores. Inicialmente, pelo atributo basilar do Poder Judiciário, ou seja, pela forma em que interpreta e aplica a lei. Além disso, a morosidade e a ineficácia dos pleitos na esfera administrativa, de incumbência do Executivo e do Legislativo, aliado a quebra de paradigma do modo de atuação do Judiciário, caracterizado pela efetivação dos direitos da sociedade através de decisões em processos judiciais, são instrumentos que impulsionaram a teoria ativista.

O ordenamento jurídico vigente não permite mais que o Poder Judiciário seja inerte e indiferente para com os problemas sociais. Sabe-se que o processo judicial é uma forma de se alcançar a transformação social, inclusive na seara da implementação e efetivação de políticas públicas. Assim, não há razão para temer um

suposto acúmulo de funções por parte do Poder Judiciário quando a finalidade das decisões é atender os comandos inseridos na Constituição Federal, objetivos primários de todos os Poderes (Alencar Filho, 2017, p. 47).

Nessa seara, prevê Moraes (2014, p. 790-791) que o ativismo judicial deve ser utilizado na hipótese de o Poder Público não cumprir com a sua obrigação decorrente da Constituição, especialmente na concretização dos direitos fundamentais. Contudo, a atuação do Poder Judiciário deve ser ponderada, de modo a limitar o subjetivismo.

Desse modo, define Barroso (2015, p. 442-443), que a judicialização é um "fato", pois decorre do modelo de constitucionalização adotado pelo ordenamento. Por sua vez, o ativismo judicial é caracterizado por ser uma "atitude", isto é, depende de "um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance". O Judiciário age de forma ampliativa, com o intuito de maximizar a eficácia de suas decisões.

Para Pedro Lenza (2016, p. 99), esse novo modelo de constitucionalização concedeu ao Poder Judiciário o papel de efetivar as disposições constitucionais, principalmente quando os governantes permanecem inertes, de modo que o ativismo judicial possui fundamental relevância para que a Constituição atinja a sua finalidade.

Segundo Boccato (2015, p. 74-75), o ativismo judicial é um instrumento que vai de encontro aos preceitos básicos de uma Democracia, pois pode acarretar no governo de um Poder que não possui representatividade emanada de forma direta pela sociedade. Assim, há necessidade de uma reforma política para enfraquecer as raízes desse instrumento.

Por outro lado, a prática do ativismo judicial quando for realizada para concretizar direitos fundamentais é perfeitamente justificável, mesmo que para tanto a interpretação da norma seja ampliativa ou contrária a sua posituação, ou, ainda, contenha valor político, pois independente dos Poderes, deve-se efetivar as garantias constitucionais previstas na Constituição Federal, sendo a tripartição das funções públicas apenas um instrumento para atender a finalidade do ordenamento jurídico (Alencar Filho, 2017, p. 58-59).

Nessa esteira, o ativismo judicial acaba se tornando, por vezes, um importante instrumento para concretização de diversos direitos fundamentais relacionados à contraprestação estatal, motivo pela qual se adentra propriamente ao artigo proposto (Costa E Lehfeld, 2013, p. 50).

### **3 ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL PARA A CONCRETIZAÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição Federal atribuiu ao Estado o dever de prestação ao cidadão de diversos direitos, mediante elaboração de políticas públicas destinadas a sua implementação. No entanto, é comum o debate pelos operadores do direito e pela sociedade acerca dos limites da obrigação do Estado na prestação dos direitos sociais. De forma contínua, indaga-se a intenção do legislador, se atribuiu ao Estado a obrigação de uma prestação material mínima, buscando tutelar o mínimo existencial do indivíduo, ou se sua obrigação engloba a prestação máxima, em qualquer nível pleiteado.

Hodiernamente, duas teorias ganharam destaque na abordagem do tema, são elas a teoria do mínimo existencial e a teoria da reserva do possível que devem ser ponderadas no caso concreto.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha em 1972, pela Corte Alemã na análise de um caso concreto. No Brasil, por sua vez, a teoria sofreu adaptações, sendo utilizada na tentativa de justificar a ineficácia na efetivação dos direitos sociais, haja vista a insuficiência de recursos públicos para implementá-los (Balestra Neto, 2017, p. 70-71).

Acrescenta Balestra Neto (2017, p. 72) que uma parte da doutrina nacional ao vincular a reserva do possível a ausência de recursos para concretização de direitos, sem verificar a proporcionalidade da demanda pleiteada em juízo, se afastou da concepção originária atribuída pelo Tribunal Alemão, o qual indicava "que o conceito de reserva do possível está ligado àquilo que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade".

Porém, salienta Figueiredo (2007, p. 133), que a teoria da reserva do possível não pode servir como justificativa para a morosidade do Estado em não promover a implementação de políticas públicas para concretizar os direitos sociais, sob pena de desviar a sua finalidade. Outrossim, na aplicação dessa teoria deve-se ponderar de forma cumulativa os princípios da proporcionalidade e razoabilidade a fim de que não se cometa abusos.

De acordo com Figueiredo (2007, p. 134-136), os recursos públicos são limitados, porém as necessidades dos indivíduos são ilimitadas, de forma que não há como conceber que a saúde seja um direito absoluto, pois o Estado não possui recursos para atender todas as demandas. Assim, a reserva do possível surge como forma de demonstrar a impossibilidade na prestação de qualquer demanda pleiteada, não se limitando apenas aos direitos sociais, mas sim a todos os direitos fundamentais positivados.

Para Amaral citado por Saleh (2013, p. 342), sob a alegação da reserva do possível, o Estado somente poderia se eximir da prestação de um direito social, se justificasse no processo judicial a irrazoabilidade do objeto pleiteado, ou seja, o Estado deve comprovar o motivo pelo qual está desobrigado a concretizar o direito social positivado.

Segundo Sarlet citado por Cunha (2017, p. 78), a teoria da reserva do possível não se resume a (in)disponibilidade de recursos. É caracterizada, também, pela "disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos", isto é, refere-se a modificação das alocações orçamentárias previamente realizadas pelo Legislativo e Executivo. Além disso, caracteriza-se pela proporcionalidade da razoabilidade da exigibilidade jurídica da prestação.

Assim, a teoria da reserva do possível, especialmente no âmbito da saúde pública, defende a ideia de que determinadas solicitações não podem ser atendidas em virtude da ausência de recursos orçamentários ou em razão da irrazoabilidade ou desproporcionalidade do pleito requerido, comumente naqueles "tratamentos onerosos em que não há a comprovação de eficácia, ou, ainda, quando há tratamentos alternativos que promovem o mesmo resultado possível" (Cunha, 2017, p. 82-83).

Logo, observa-se dos autores que a teoria da reserva do possível no Brasil foi adaptada pelos operadores do direito, com o intuito de demonstrar que os direitos de natureza prestacional positivados não são absolutos, pois o Estado não possui recursos financeiros para efetivar toda e qualquer demanda. A teoria defende que o Estado é ineficaz na prestação dos direitos sociais em virtude da ausência de orçamento para atender a infinidade de necessidades dos indivíduos.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pelo Estado Social, de modo que não pode os Entes públicos utilizarem-se da teoria da reserva do possível para elidir-se de assegurar ao indivíduo a prestação de um mínimo existencial, pois é sua obrigação implementar políticas públicas por meio de destinação de recursos com a finalidade de atender a dignidade da pessoa humana (Barcellos, 2011, p. 357).

A teoria do mínimo existencial, por sua vez, não possui previsão expressa na Constituição Federal vigente, sendo concebida através de uma análise sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, comando abstrato que deve pautar a atuação do Estado (Figueiredo, 2007, p. 188).

Para Barroso (2017, p. 10), o Constituinte originário tratou a dignidade da pessoa humana como o princípio basilar que deve nortear a atuação do Estado, sendo o fundamento primordial que decorre toda a estrutura dos direitos fundamentais.

Nessa sistemática, a teoria do mínimo existencial, é construída na acepção de que o Estado deve garantir ao indivíduo condições mínimas para o desenvolvimento humano. Por meio dessa concepção, todo indivíduo tem direito a um mínimo existencial. Nesse conteúdo, tem-se que o mínimo existencial deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o Estado deve precipuamente acautelar os direitos básicos do indivíduo. Ocorre que, a própria doutrina encontra dificuldade na sua individualização, em estabelecer o que deve ser considerado mínimo existencial para que o Estado de fato deva garantir (Balestra Neto, 2017, p. 75).

Acrescenta Figueiredo (2007, p. 196-199) que a relação entre mínimo existencial e as prestações materiais dos direitos fundamentais enseja pela doutrina

a subdivisão em dois comandos. A primeira posição, capitaneada por Ricardo Lobo Torres, reflete que somente o mínimo existencial deve ser garantido pelo Estado e em caso de inércia poderia ser exigido por meio de ação judicial. Por outro lado, a segunda parte da doutrina critica o mínimo existencial, pois há dificuldade de estabelecer critérios objetivos de direitos que se enquadram nesta categoria, abrindo margem para o subjetivismo do Estado, indo de encontro com a dignidade da pessoa humana (Torres, 2011).

Logo, nos dizeres de Gialdino citado por Figueiredo (2007, p. 200-201), todos os direitos sociais possuem um núcleo básico que constitui o mínimo existencial, sendo obrigação do Estado a sua contraprestação, não sendo viável a alegação de questões orçamentárias para escusar-se de sua responsabilidade, razão pela qual é perfeitamente exigível judicialmente a efetivação desses direitos que orbitam na esfera do mínimo existencial.

Da mesma forma, Barroso (2017, p. 11-12) leciona que o Estado tem como obrigação básica garantir o mínimo existencial de cada direito fundamental ao indivíduo, cabendo aos três Poderes da União efetivar no mínimo o "núcleo essencial desses direitos".

Porém, muito embora a discussão doutrinária no que consiste cada uma das teorias (reserva do possível e do mínimo existencial), o maior problema dos Países, incluindo o Brasil, é de que o Estado deixa de assegurar ao indivíduo o mínimo dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde, razão pela qual "não há que se falar em excessos ou maximização" (Saleh, 2013, p. 343).

Dessa forma, verifica-se pelos excertos que a teoria em voga defende que o Estado deve promover políticas públicas buscando fornecer um mínimo existencial aos indivíduos, pois ao fornecer condições mínimas está atuando ao encontro da dignidade da pessoa humana, princípio que baseia a atuação do Estado prestacionista na implementação dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, observa-se que as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial são instrumentos doutrinários que estabelecem formatações distintas para atuação do Estado na concretização dos direitos fundamentais,

mormente aqueles sociais, em decorrência do modelo de Estado adotado pelo ordenamento jurídico.

#### 4 CONCLUSÃO

É indagável as providências a serem adotadas pelo indivíduo em caso de inércia ou inefetividade na prestação do direito vindicado, ou seja, o que incumbe ao cidadão no caso de perceber a violação ao seu direito prestacional. Nessa sistemática, há a necessidade de um estudo prévio acerca da natureza jurídica e da eficácia dos direitos fundamentais, especialmente o direito social à saúde.

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 182), a Constituição Federal estabelece expressamente por meio §1º do artigo 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, são normas auto-aplicáveis não necessitando a sua regulamentação. Ocorre que o próprio constituinte na positivação de alguns direitos sociais, os quais fazem parte dos direitos fundamentais, prevê a necessidade de serem regulados, possuindo aplicação mediata. Acrescenta Moraes (2014, p. 30) que via de regra os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, mas há alguns desses direitos que não são de gozo imediato, pois necessitam de uma regulamentação por parte do legislador.

Nessa seara, conforme já debatido no primeiro capítulo, há doutrinadores que tratam os direitos sociais como direitos que não são auto-aplicáveis, apenas prescrevem normas genéricas que demandam a regulamentação do legislador. Contudo, o direito à saúde, possui tratamento diferenciado, pois embora inserido nos direitos sociais, não necessita de regulamentação. Isso porque, é considerado um direito público subjetivo, de aplicabilidade, portanto, imediata.

A partir dessa concepção, leciona Schwartz (2001, p. 57), que o direito à saúde deve ser efetivado pelo Estado por meio de políticas públicas que visam a sua implementação. Entretanto, devido a sua característica de ser um direito público subjetivo, em caso de morosidade do Estado ou ineficiência na prestação do serviço de saúde, pode o indivíduo socorrer-se ao Poder Judiciário para tutela do direito violado.

Acrescenta Schwartz (2001, p. 77), que pelo fato do direito prestacional ser considerado um direito público subjetivo ele pode ser oponível ao Estado. Assim, para pleitear o cumprimento das normas postas no ordenamento jurídico, pode o próprio indivíduo, titular do direito violado, ou, também, instituições com finalidade específica, como o Ministério Público, ajuizarem demandas judiciais buscando coagir o Estado ao fornecimento dos instrumentos necessários para garantia da saúde pública.

No mesmo sentido, Figueiredo (2007, p. 204) narra que em decorrência dos preceitos constitucionais, o Estado possui o dever de conceber à população prestações materiais mínimas, em virtude da característica de direito fundamental do direito à saúde. Assim, caso o Estado descumpra a sua obrigação legal, esses direitos são "passíveis de exigibilidade judicial como pretensão subjetiva originária".

Assim, conclui Schwartz (2001, p. 162) que nos casos de inércia ou insuficiência de políticas públicas que implementam o direito prestacional, cabe ao Poder Judiciário mediante provocação, Órgão no qual possui competência constitucional para dirimir conflitos, determinar que o direito à saúde seja cumprido no caso concreto (Schwartz, 2001, p. 162).

À exemplo, segundo Balestra Neto (2017, p. 115), o ajuizamento de ações judiciais para obrigar a concretização do direito à saúde é uma crescente na sociedade brasileira. Assim é, que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>3</sup>, em 2011, cerca de duzentos e cinquenta mil ações judiciais tramitavam nos Estados a fim de assegurarem a saúde pública.

Para Barroso (2017, p. 21-22), o controle jurisdicional de matéria afeta a saúde ou de qualquer outra política pública, ou, ainda, de desobediência aos preceitos constitucionais, é de competência do Poder Judiciário, na forma estabelecida na Constituição Federal. Assim, nos casos de omissão ou insuficiência na prestação do serviço de saúde, em razão do tema compreender direitos fundamentais e princípios bases de atuação do Estado, deve ser submetido ao judiciário, que deve agir pautado pela ponderação.

---

<sup>3</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58062-estatisticas-podem-ajudar-a-diminuir-demandas-judiciais-na-area-da-saude>

Como a própria Constituição Federal atribui, nenhuma lesão ou ameaça a direito excluirá a apreciação do Poder Judiciário. Desse modo, verifica-se que o neoconstitucionalismo outorgou ao Poder Judiciário importante papel no ordenamento jurídico, qual seja o de "garantir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais do homem" (Schwartz, 2001, p. 163).

Nessa perspectiva, através de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, influenciado pelo neoconstitucionalismo e pela constitucionalização do direito, o Poder Judiciário ao concretizar o direito à saúde não está avançando na competência dos demais Poderes. Assim é, pois, todos os Poderes possuem a finalidade de cumprir os comandos estabelecidos na Constituição Federal, de modo que na hipótese de descumprimento pelos outros Poderes cabe ao Judiciário, na condição de guardião da Constituição, determinar que seja cumprida, especialmente a tutela de direitos fundamentais.

Dessa forma, é legítimo a intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito prestacional, desde que a atuação seja ponderada, limitada a legalidade, a fim de evitar excessos, sob pena de ocasionar a centralização do Poder e, por conseguinte, grave ofensa ao princípio da separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR FILHO, José Geraldo. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Disponível em: <[http://www.unicap.br/tede//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=609](http://www.unicap.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=609)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo. A Legitimidade Constitucional do Ativismo Judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 86, p.307-325, jan./mar. 2014. Trimestral.

BALESTRA NETO, Otavio. **Acesso Racional ao Sistema Único de Saúde pela via Judicial**. Disponível em: <[http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2668/1/OTAVIO\\_BALESTRA NETO.pdf](http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2668/1/OTAVIO_BALESTRA_NETO.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002a.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002b.

BOCCATO, Esdras. As Deficiências do Poder Legislativo como Fator de Impulsão do Ativismo Judicial no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 90, n. 23, p.63-76, jan./mar. 2015. Trimestral

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 07 fev. 2017a.

BRASIL. **Lei Nº 8.080**, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)> Acesso em: 15 fev. 2017b.

COSTA, Kerton Nascimento e; LEHFELD, Lucas de Souza. A Intervenção do Poder Judiciário na Administração dos Recursos Destinados à Garantia do Direito Coletivo à Saúde: Ativismo ou Concretismo Judicial? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 21, n. 85, p.31-53, out./dez. 2013. Trimestral.

CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. **A Legitimidade Democrática da Judicialização na Efetivação do Direito à Saúde e os Reflexos no Orçamento Público**. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13196/1/dissMarco.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

FERNANDES, Rafael Salvan. O ativismo judicial e a proteção aos direitos fundamentais transindividuais. **Revista de Iniciação Científica**, Criciúma, v. 1, n. 1, p.83-99, dez. 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LENHARD, Vanessa Aparecida. Judicialização da política no debate constitucional contemporâneo. *In* CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski (Coord). **Estudos Contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares**. Curitiba: Multidéia, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SALEH, Scheila Martignago. Do domínio existencial à reserva do possível: direito ao fornecimento gratuito de medicamentos à luz do princípio da dignidade humana. *In* MARTEL, Letícia de Campos Velho; CORTINA, Mônica Ovinski de Camargo (Org.) **Estudos Contemporâneos de direitos fundamentais**. v.III. Criciúma: Unesc, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.