

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

ITALO ROBERTO FUHRMANN E SOUZA

“JUDICIALIZAÇÃO” DOS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À
SAÚDE – POR UMA RECONSTRUÇÃO DO OBJETO DO DIREITO À SAÚDE NO
DIREITO BRASILEIRO

PORTO ALEGRE

2011

ITALO ROBERTO FUHRMANN E SOUZA

“JUDICIALIZAÇÃO” DOS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – POR UMA RECONSTRUÇÃO DO OBJETO DO DIREITO À SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito final para a obtenção do título de Mestre, pelo programa de pós-graduação em Direito, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

PORTO ALEGRE

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S729j Souza, Italo Roberto Fuhrmann e
“Judicialização” dos direitos sociais e o direito fundamental à
saúde : por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no
direito brasileiro. / Italo Roberto Fuhrmann e Souza . – Porto
Alegre, 2011.
151 f. : il.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito à Saúde. 3. Direitos
Sociais. I. Sarlet, Ingo Wolfgang II. Título.

CDD 341.27

Ficha Catalográfica elaborada por
Sabrina Vicari
CRB 10/1594

SUMÁRIO

PARTE I

DIREITOS SOCIAIS E DIREITO À SAÚDE – DEMOCRACIA E ELEMENTOS DOGMÁTICOS

Introdução.....	10
1. Estado, Constituição e Democracia – A Configuração Jurídica dos Direitos Sociais em termos de Direito Brasileiro.....	13
1.1 Significado dos Direitos Sociais no Estado Constitucional Brasileiro: estrutura normativa dos Direitos Fundamentais Sociais.....	14
1.2 Constitucionalismo Dirigente Econômico e Político no marco do Estado Constitucional Brasileiro – Os Direitos Sociais no Marco do Dirigismo Constitucional.....	33
2. Direito à Saúde – Conceito, conteúdo e regime jurídico.....	46
2.1 Direito à Saúde como direito e dever fundamental no Direito brasileiro.....	49
2.2 Da fundamentalidade formal e material do Direito à Saúde.....	52
2.3 A Dupla Perspectiva Prestacional e Defensiva do Direito à Saúde.....	54
2.3.1 Direito à Saúde como direito de defesa.....	55
2.3.1.1 Dimensão Negativa e Proibição de Retrocesso – Observações sobre a proibição de retrocesso em matéria de direito à saúde à luz de exemplos práticos.....	56
2.3.2 Direito à Saúde como Direito a Prestações.....	62
2.3.2.1 Direito à Saúde como Direito Originário a Prestações.....	65
2.3.2.2 Direito à Saúde como Direito Derivado a Prestações.....	67
2.3.2.3 Direito à Saúde como Direito à Participação na Organização e Procedimento – (<i>Status Activus Processualis</i>).....	68
2.4 Direito à Saúde na Constituição e sua Conformação Jurídica Infraconstitucional.....	73

2.4.1 O Sistema Único de Saúde brasileiro e a concretização do direito à saúde no âmbito infraconstitucional.....	74
2.4.1.1 O SUS e o Acesso Gratuito aos Serviços de Saúde – Os princípios da Unidade, Hierarquização, Integralidade e Participação Comunitária e Legislação Infraconstitucional.....	74
2.5 Direito à Saúde e Relações Privadas.....	78

PARTE II

O PODER JUDICIÁRIO E O OBJETO DO DIREITO À SAÚDE

1. A Assim Chamada “Judicialização” em Perspectiva Constitucional – O Poder Judiciário e seu Papel na Efetivação do Direito à Saúde.....	95
1.1 Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito à Saúde: Uma leitura crítica a partir do Direito Constitucional Positivo Brasileiro.....	106
2. Direito à Saúde no Brasil a partir da sua Dimensão Prestacional – Uma construção a partir da análise jurisprudencial.....	121
2.1 O Posicionamento dos Tribunais Superiores Brasileiros.....	121
2.1.1 Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e/ou Experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais.....	121
2.1.2 Internações Hospitalares UTI’s/CTI’s.....	124
2.1.3 Cláusulas Contratuais no Regime de Saúde Suplementar	126
2.1.5 Tratamentos Excepcionais no Exterior.....	127
Conclusão.....	129
Referências Bibliográficas.....	136

RESUMO

O Direito fundamental à saúde, pelo seu significado normativo e axiológico, e por sua possibilidade eficaz no Direito brasileiro, assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva, quanto subjetiva. Ainda que sua perspectiva prestacional, enquanto direito positivo, se mostre à evidência, um conjunto de outras posições jurídicas se depreendem da sua perspectiva defensiva e procedimental. O fenômeno da “judicialização” dos direitos sociais, e, em particular, do direito à saúde, trazendo o Judiciário para a arena dos conflitos sociais, no centro do processo democrático, refere-se, de forma predominante, no Brasil, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigações já pré-definidas na esfera legislativa e pelas instâncias da Administração Pública. Os critérios utilizados para a definição do objeto do direito à saúde, na perspectiva do Poder Judiciário brasileiro, são alterados desde sua configuração como direito originário e derivado a prestações. As noções de “mínimo existencial” e “reserva do possível” estão na base da recente construção jurisprudencial e doutrinária do conteúdo material do direito à saúde, como direito constitucional subjetivo. Nada obstante, questiona-se a adequação de tais critérios na definição do direito à saúde, em especial diante do direito constitucional positivo brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. “Judicialização”. Direito Fundamental à Saúde. Objeto.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Grundrecht auf Gesundheit in seiner normativen und axiologischen Relevanz und seinem Wirkungsvermögen im brasilianischen Recht umfasst ein weites Spektrum an juristischen Gesichtspunkten, die sich sowohl aus der objektiven wie auch der subjektiven Dimension herleiten. Auch wenn die Leistungsfunktion dieses positiven Rechts selbstverständlich erscheint, so erschließen sich eine Menge juristischer Gesichtspunkte auch aus der Abwehrfunktion und aus der Organisations- und Verfahrensgestaltung. Das Phänomen der „Verrechtlichung“ der Sozialrechte und im speziellen des Rechts auf Gesundheit gibt sich in Brasilien vornehmlich aus der fehlenden Umsetzung von den in der juristischen Sphäre schon vordefinierten Pflichten durch die öffentliche Hand und die Instanzen der öffentlichen Verwaltung und macht die Gerichtsbarkeiten zur Arena sozialer Konflikte und zum Zentrum demokratischer Prozesse. Die verwendeten Kriterien zur Definition des Objekts des Rechts auf Gesundheit aus der Sicht der brasilianischen Judikative werden ab der Konfiguration als originäres und derivatives Grundrecht auf Leistung geändert. In der Rechtsprechung und Rechtswissenschaften gehören die Begrifflichkeiten „Existenzminimum“ und „Vorbehalt des möglichen“ zu den Grundlagen der neuesten Konstruktionen für die materiellen Inhalte des Rechts auf Gesundheit als subjektives Verfassungsrecht. Nichtsdestotrotz wird die Angemessenheit dieser Kriterien für die Festlegung des Rechts auf Gesundheit in Frage gestellt, vor allem im Rahmen des positiven brasilianischen Verfassungsrechts.

Schlüsselwörter: Soziale Grundrechte; „Verrechtlichung“; Grundrecht auf Gesundheit; Objekt.

Introdução

A dissertação que ora se apresenta à banca examinadora e ao público acadêmico em geral representa o resultado de um intercurso investigatório desenvolvido no âmbito do Observatório de Pesquisa e Jurisprudência de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, sob a coordenação do professor Ingo Wolfgang Sarlet (Direito/PUCRS), financiada pela Fundação Ford (EUA). O trabalho centra-se na área do Direito Constitucional, explorando a teoria dos direitos fundamentais, designadamente no que atine à dogmática dos direitos sociais, restringida, por seu turno, à pesquisa empírica (jurisprudencial) e teórica (doutrinária) da assim chamada “judicialização” dos direitos sociais, mais especificamente do direito à saúde. Nada obstante, o tema investigado não prescinde de uma análise contextual, prévia, ainda que não dogmática, de certos pressupostos ínsitos ao estudo do direito constitucional – como corolário da asserção de que inexistente direito com um conteúdo político próprio e independente, no sentido de que o direito positivo é, em última análise, resultado de uma decisão política (*D. Grimm*), –, como a teoria do Estado, política e democracia, ainda que sem ousarmos um aprofundamento teórico digressivo neste sentido, tanto pela centralização no foco primacial do tema proposto, quanto pela limitação espacial/temporal do desenvolvimento da pesquisa em sede de dissertação de mestrado. Nosso marco teórico, neste aspecto, desenvolve-se na teoria da Constituição dirigente, como influxo jurídico apto a legitimar/impulsionar diretrizes de economia política e da atuação judicial, redefinindo a ordem democrática, sem, contudo, esvaziá-la.

O trabalho está dividido em duas partes. A primeira é dedicada à construção teórica e dogmática dos elementos jurídicos centrais da democracia constitucional social no Brasil, não dispensando um estudo diacrônico, ainda que em caráter sintético, desde a formação da subcomissão do Itamarati até o engendramento progressista da sistemática dos direitos sociais e de suas diretrizes programáticas da Constituição de 1988. Neste ínterim, será esposada a tese da Constituição Dirigente em seus traços essenciais, ou seja, como base jurídica que se sobrepõe aos programas políticos, apartando-se da ideia de mero instrumento de governo, própria do Estado Liberal, incorporando no texto da Constituição fins e tarefas

econômicas e sociais, vinculantes não apenas do poder Legislativo, mas também do Executivo e do Judiciário. O ocaso da Constituição econômica e o aviltamento correlato do Direito financeiro traz como consequência inexorável a hiperinflação das ações judiciais sobre direitos sociais, não apenas no Brasil, mas, inclusive, em países não-periféricos, alterando o *locus* da luta política das instâncias representativas, como o Legislativo e o Executivo, tíbios pela fragmentação do poder e aviltamento das suas instâncias decisórias, para o poder Judiciário. O fenômeno da “judicialização” do espaço político passa também pela análise do déficit de efetividade da Constituição dirigente existente no Brasil.

Na sequência, estabelecemos os contornos doutrinários do direito fundamental à saúde, designadamente no que diz com o seu regime jurídico constitucional e infra-constitucional no Direito brasileiro. A definição do direito à saúde nas suas distintas categorias jurídicas, quer seja como direito à prestação ou de defesa, quer seja como direito originário ou derivado a prestações, assim como sua dimensão procedimental, será objeto de análise.

Na segunda parte da dissertação, exploramos a dimensão praxeológica (irrenunciável ao direito) do tema investigado, é dizer, a partir de pesquisa jurisprudencial, especialmente nos Tribunais Superiores (STF/STJ), buscou-se a identificação do objeto do direito à saúde no Brasil, como forma de estabelecer o posicionamento do Poder Judiciário nesta questão. Cuida-se, mais especificamente, de identificar qual o tipo de prestações materiais que conformam o conteúdo do direito à saúde no Brasil, na perspectiva do Poder Judiciário. Para tal desiderato, foi posta em prática pesquisa qualitativa, utilizando-se, como critério de pesquisa, decisões citadas como precedentes, as utilizadas na doutrina especializada no tema, assim como as decisões indexadas no *site* dos Tribunais pelo verbete “Direito à Saúde”, com um recorte temporal dos últimos dez anos – período no qual houve um incremento significativo de decisões sobre direito à saúde – sem que com isso, olvidássemos da análise de algumas decisões paradigmáticas anteriores a este período. Curial ressaltar que esta análise fixa-se ao pedido pleiteado na demanda judicial do requerente e ao contexto de cada caso sob análise, de modo que o objeto identificado não pode ser compreendido como insuscetível de novas delimitações/conformações pelo próprio poder Judiciário. A importância advinda com o resultado desta investigação, que também atuou no campo da pesquisa

quantitativa, reside, justamente, embora não exclusivamente, na possibilidade de elucidação de uma série de pré-compreensões acerca da atuação do Poder Judiciário na seara do direito à saúde – problemática que assume cada vez mais destaque na pauta do debate acadêmico e no âmbito da sociedade civil em geral, tanto que, recentemente, foi objeto de convocação em audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda inserto nesta segunda parte do trabalho, efetuamos uma análise dos pressupostos jurídicos à exigibilidade judicial do direito à saúde, desde uma perspectiva crítica, calcada no direito positivo nacional. Por uma reconstrução do objeto do direito à saúde, questiona-se sua definição a partir da utilização de categorias externas à conformação jurídica de um direito subjetivo, de modo a estabelecer uma forma de distinção meta-jurídica dos direitos fundamentais.

Conclusão

O tema de pesquisa que exploramos, qual seja, a “judicialização” dos direitos sociais, e, em específico, do direito à saúde, tanto no que diz com a análise de jurisprudência, quanto no que atine à doutrina, pátria e alienígena, evidenciou uma ampla discussão existente acerca do *se*, do *como* e *em que medida* podem ser judicialmente exigidos do Estado e dos particulares – especialmente em se tratando de entidades corporativas, nacionais e internacionais, a exemplo dos laboratórios de pesquisa farmacêutica – prestações materiais concernentes à preservação ou recuperação da saúde. A isto, soma-se a problemática das relações institucionais de poder, designadamente no que se refere à intervenção judicial no âmbito da atuação dos poderes Legislativo e Executivo. Em busca da definição e reconstrução do objeto do direito à saúde, se fez necessário um intercurso teórico, de modo a estabelecer um diálogo entre o desenvolvimento jurisprudencial e acadêmico na conformação do âmbito de proteção do direito à saúde no direito pátrio.

Iniciamos a dissertação com uma abordagem dos elementos dogmáticos estruturais dos direitos sociais e sua relação à atual compreensão de Democracia constitucional, na imbricada relação entre o Judiciário e os demais poderes constituídos na efetivação dos direitos fundamentais. O tema do constitucionalismo dirigente, como impulso normativo à atuação judicial, mereceu análise detida, na qual expusemos as insuficiências das críticas a esta teoria, assim como a indevida transposição para o contexto nacional de sua reformulação teórica.

Ficou assente que o direito fundamental à saúde assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva, quanto subjetiva, de modo que ainda que sua perspectiva prestacional, enquanto direito positivo, se mostre à evidência, um conjunto de outras posições jurídicas se depreendem da sua perspectiva defensiva, organizatória e procedimental. Desde sua perspectiva negativa, no sentido de direito negativo (de defesa), o direito fundamental à saúde também se traduz num campo de incidência do chamado princípio da proibição do retrocesso social, cuja aplicação prática pode se reportar, dentre outras, à incorporação no ordenamento jurídico brasileiro das Emendas Constitucionais que formaram a chamada Desvinculação de Receitas da União

(DRU), a qual retira recursos do orçamento pré-fixado em saúde, dentre outras áreas, de modo que 20% do total da receita da União, que tem vinculação definida por lei, fica liberada de qualquer indexação na sua aplicação.

Embora de difícil comprovação prática, no sentido da redução fática dos recursos aplicados especificamente em saúde pela União devido à DRU, já que esta dispõe sobre realocação de recursos entre diversos setores, procuramos demonstrar que a simples redução normativa da proteção do direito à saúde já se mostra incompatível com o princípio da proibição do retrocesso, de tal sorte que, sem uma argumentação de índole constitucional, largamente comprovada, e não apenas genericamente posta, como o argumento, por vezes retórico, da “ingovernabilidade”, e que, de resto, atenda aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, mormente em se tratando de direito à saúde, que, como cediço, depende, em certos casos, de alta soma de recursos para sua realização, deve ser repudiado em sede de controle de constitucionalidade.

De outra banda, afirmamos, com base no texto constitucional, que o acesso à saúde no Brasil prescinde de qualquer contraprestação pecuniária do seu titular. Independentemente da eficiência econômica à Administração Pública, ou até sob a ótica de uma melhor alocação de recursos, a positivação do acesso igualitário e universal prevista no texto constitucional brasileiro (art. 196, *caput*), além da gratuidade das ações e serviços de saúde estipulada no art. 43 da Lei 8080/90, inclusive em relação aos serviços privados contratados pela Administração Pública, impede que o fornecimento de prestações na área de saúde pelo Poder Público se baseie na lógica mercantil do setor privado, a partir da contraprestação pecuniária, não importando a situação econômica individual do titular do direito.

Exploramos ainda a chamada eficácia “horizontal” dos direitos fundamentais, especificamente em relação à saúde suplementar. Defendemos uma vinculação direta e imediata, inclusive em termos de direitos sociais, já que estes não podem ser reportados, exclusivamente, a prestações materiais, cujo único destinatário seja o Estado.

Os movimentos de democratização social, característicos do chamado *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou após a vitória dos Aliados ao nacional-socialismo, em 1945, e, posteriormente, na

década de 1970, com o desmonte dos regimes autoritário dos países ibero-americanos, exurgindo Constituições informadas pela positivação de direitos fundamentais, estão no centro do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, incluindo o Poder Judiciário no espaço da Política. O enfraquecimento dos poderes representativos da democracia parlamentar, conseqüência das décadas de implementação do chamado neoliberalismo, findou por deslocar, de certa forma, o *locus* das demandas por prestações sociais ao Poder Judiciário, tradicionalmente institucionalizado para soluções dos litígios inter-partes, a partir de interesses individuais.

A dificuldade do Poder Judiciário de decidir litígios em que esteja em causa a efetivação de direitos sociais, trazendo ao debate jurídico questões vinculadas à justiça distributiva, no sentido de que não há um perdedor e um vencedor (jogo de soma zero), reside justamente no desenho institucional de seus órgãos, nos mecanismos processuais de efetivação de direitos (processo legislativo de formação do Direito), assim como pela cultura geral em que se inserem os atores encarregados de pôr o sistema em funcionamento (Juizes, Advogados, Promotores de Justiça, etc.). Ainda neste sentido, cita-se o fato de que os juizes, geralmente, aceitam as opiniões comuns da sociedade e do pensamento jurídico profissional de seu tempo (pré-compreensão); que os conflitos sociais pedem soluções de reforma social, e não de garantia do *status quo*; o fato de que aos Tribunais faltam os meios institucionais para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada, como no caso das políticas públicas; o fato de que como os Tribunais não podem agir de ofício, os programas de reforma não apenas não podem ser executados por eles, como também não podem ser iniciados por eles, fazendo com que os Tribunais ajam apenas conforme interesses episódicos e descoordenados, e sejam proibidos de ter uma agenda de reformas; e, por derradeiro, que os Tribunais não possuem poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários.

O princípio geral da igualdade também é invocado como obstáculo à efetivação judicial dos direitos sociais, baseando-se no fato de que apenas parcela da população, e justamente a mais instruída, que, em regra, também é a mais privilegiada sob o ponto de vista financeiro, teria seu direito social satisfeito, enquanto que o resto da população, que dificilmente tem acesso ao Poder Judiciário, seja pelo ônus financeiro do processo, seja pela falta de conhecimento quanto a

seus direitos, ficaria na dependência da formulação e implementação de políticas públicas governamentais. A isso, soma-se o argumento segundo o qual a concessão de demandas individuais pelo Poder Judiciário aprofundaria a exclusão dos pobres pela transferência dos recursos dos programas institucionalizados para cumprimento de decisão judicial, cujos beneficiários são, em sua grande maioria, oriundos da classe média.

Preliminarmente, cabe destacar que o texto constitucional de 1988 atribui expressamente a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, como dão conta, a título exemplificativo, a tutela do meio ambiente (art. 225, CF/88) e o próprio direito à saúde (art. 196, CF/88), dialogando com o princípio da universalidade e da dignidade da pessoa humana, que, em primeira linha, refere-se à pessoa individualmente considerada. Com efeito, enfatizou-se que os direitos sociais, especialmente quando se trata de direitos básicos, como saúde, educação, previdência, etc., reportam-se à pessoa individual, titular do direito por excelência, ainda que possa ostentar, simultaneamente, uma titularidade coletiva. Tais direitos têm por escopo imediato a tutela do interesse individual na subsistência com dignidade e não o interesse coletivo, ainda que este interesse também assuma relevância e implique um conjunto de direitos e deveres. Ainda neste sentido, advogou-se que a própria distinção traçada entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais (econômicos, sociais e culturais), em franco processo de mitigação, nunca teve como fundamento a questão da titularidade dos direitos, e sim o objeto e a natureza dos mesmos.

Ainda neste contexto, deixamos claro que não há de se confundir a noção de políticas públicas com direitos fundamentais sociais. São categorias distintas, ainda que uma possa ser o meio de efetivação da outra, judicialmente exigível. O argumento segundo o qual os direitos sociais são de melhor aplicação através de políticas públicas universais, atendendo de forma mais eficaz e racional a alocação de recursos públicos e, de forma correlata, atendendo de forma mais efetiva o princípio geral da igualdade, não implica, de forma alguma, na ausência de tutela individual dos direitos sociais, inclusive em matéria de prestações individuais no âmbito do direito fundamental à saúde, que, de resto, já vem sendo reiteradamente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

De outra banda, o argumento fundado na violação do princípio isonômico, quando concedida pretensão individual pelo Poder Judiciário de prestações relativas ao direito à saúde, deve ser devidamente equacionado no âmbito da dogmática constitucional. Sustentamos que o princípio da isonomia não pode servir de argumento para uma eventual violação da dignidade concreta de cada indivíduo, ainda mais quando o argumento fundado geralmente na insuficiência orçamentária para o atendimento de outras demandas, não é, na maior parte dos casos, objeto de demonstração fática. Da mesma forma, afirmar que tal deferimento judicial de demandas individuais estaria privilegiando a camada mais aquinhada da população, mesmo em se tratando de ações que não são patrocinadas no âmbito dos órgãos da assistência judiciária gratuita ou por meio da Defensoria Pública, não pode ser traduzido em argumentação apta a contestar a tutela judicial destas demandas. Ainda que possamos argumentar no sentido da ainda precária estruturação, no Brasil, do aparato judicial para a defesa judicial gratuita de pessoas que se encontram impossibilitadas, do ponto de vista econômico, de arcar com os custos do processo judicial, nada impossibilitaria que pessoas, ainda que não necessitem da assistência judicial gratuita, não tenham salvaguardados seus direitos, ainda mais em se tratando de acesso a prestações de saúde, que podem assumir um alto custo financeiro.

O direito à saúde, como direito derivado a prestações, assume contornos e pressupostos distintos de efetivação em contraste com sua condição de direito originário. No primeiro, sua qualificação como direito subjetivo não encontra óbices normativos constitucionais. Na segunda hipótese, a tendência jurisprudencial, especialmente do Supremo Tribunal Federal, tem se direcionado na análise de dois critérios, a saber, o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”, para a definição do conteúdo material do direito à saúde, como direito subjetivo constitucional. A partir da noção do “mínimo existencial”, a jurisprudência do STF vem determinando como objeto do direito à saúde tanto o fornecimento de medicamento, incluindo suplemento alimentar, não oferecido pelo Sistema Único de Saúde, desde que comprovada sua necessidade e eficácia no caso concreto, e aprovada pela ANVISA, como o fornecimento de equipamentos excepcionais para cirurgia, assim como prestações que viabilizem o tratamento médico fora do domicílio do paciente.

A reconstrução do objeto do direito à saúde passa pela análise crítica de tais critérios de “judicialização”. Ambos conceitos tem origem no direito constitucional alemão, e possuem, como base jurídica, a teoria dos direitos sociais como direitos derivados a prestações *Teilhaberechte*. A doutrina do “mínimo existencial” teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito infraconstitucional, que na Alemanha subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar inegavelmente o qualificativo de “progressista”, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional, dos direitos sociais. Em se tratando de direito constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes posições jurídicas com a incorporação da doutrina do “mínimo existencial”. Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do “mínimo existencial” para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abstração dos direitos sociais em sede constitucional não se reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes. De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contrária ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais enquanto direitos indivisíveis e interdependentes, inclusive em termos de uma dogmática unitária, acentuando uma distinção tipológica, meta-jurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

O conceito de “reserva do possível”, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz com o embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou, melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações, de matriz infraconstitucional. Ademais, questiona-se o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, como, por exemplo, a atribuição de maior

significado à categoria eficiência do que à categoria legalidade/constitucionalidade, como critério à resolução das demandas no campo dos direitos fundamentais sociais.

O termo “judicialização” tem sido empregado com um inequívoco sentido pejorativo, de excesso de atuação do Poder Judiciário em questões que atinem, em primeira linha, à atuação dos poderes representativos da democracia parlamentar, cujo principal argumento para a sua auto-restrição se fundamenta no princípio da separação de poderes, mais especificamente na reserva parlamentar em questão orçamentária. Grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública pré-definida pelos órgãos da Administração Pública. Ademais, a partir de pesquisa quantitativa formulada com palavras-chave inseridas nos *sites* de busca dos principais Tribunais do País, que os processos judiciais, indexados com os termos “Direito e Saúde”, “Direito à Saúde”, e “medicamento”, correspondem a uma pequena minoria do total dos processos julgados, de acordo com o CNJ, no ano de 2009, representando menos de 1% do total dos processos julgados pelo STF e menos de 3% dos processos julgados pelo STJ. Cabe ressaltar que o número encontrado referente aos processos sobre saúde, possivelmente, abrange um número significativo de casos que se relacionam apenas indiretamente com direito à saúde, e que não tem como objeto prestações em matéria de saúde.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha – Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Hedra, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros a Atuação Judicial, in: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.) *Direitos Sociais*. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, Democracia e Constitución*, in: CARBONELL, Miguel. (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta: Madrid, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, in: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 142, Brasília, abr/jun. 1999.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Uma Defesa das Regras do Jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *A Era dos Direitos*. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos de Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTLIHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1988.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora/RT, 2007.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Revisar la/o Romper con la Constitución Dirigente?* Defesa de un Constitucionalismo Moralmente Reflexivo, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 15, nº 43, Janeiro-Abril, 1995.

_____. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – o Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”, in: CORREIA, Marcus Orione; CORREIA, Érica Paula; CANOTILHO, J.J. Gomes (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERQUEIRA, Marcello. *Cartas Constitucionais*. Império, República e Autoritarismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking state action. *Northwestern University Law Review*, n. 80, 1985.

COELHO, Tiago Lopes. A Eficácia dos Direitos Fundamentais pelo Controle Judicial de Políticas Públicas: entre a auto-contenção e a necessária consideração da macro-justiça, in: PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). *Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, in: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Org.). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONTO, Mário De. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

CORRÊA, Anelize Maximila; PAULSEN, Carolina Moreira; MOLIN, Lúcia Dal. *Direitos Humanos*. Documentos Básicos. Pelotas: EDUCAT, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

DENNINGER, Erhard. “Streitbare Demokratie” und Schutz der Verfassung, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Hrgs.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2º ed. Berlin; New York: de Gruyter, 1994.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

DIAS, Maria Clara. *Os Direitos Sociais Básicos. Uma Investigação Filosófica da Questão dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de Vida: a função social do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, junho/1994.

FEE, John. The formal state action doctrine and free speech analysis. *North Carolina Law Review*. v.83. n. 3. 2005.

FERNANDES, Florestan. *A Constituição Inacabada – Vias históricas e significado político*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

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

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FRANCE, Anatole. *O Lírio Vermelho*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1942.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro, 2005.

GRALHA, Cibele Mateus. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas. O caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Resenha do Prefácio à 2ª Edição. CANOTILHO, constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª Edição: Resenha de um Prefácio*, in:

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRIMM, Dieter. Politik und Recht, in: KLEIN, Eckart (Org.). *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit* – Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 1995.

GROSS, Aeyal M. The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation – National and International Perspectives, in: EREZ, Daphne Barak; GROSS, Aeyal M (Orgs.). *Exploring Social Rights*. Between Theory and Practice. Oregon: HART Publishing, 2007.

GUASTINI, Ricardo. *Teoria e Ideologia da Interpretação Constitucional*, in: Interesse Público, ano III, nº 40, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

HAYEK, Friedrich August von. *Der Weg zur Knechtschaft*. 4ª ed. Mohr Siebeck: Tübingen, 2004.

HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Sociedade Aberta, in: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão; TAVARES, André Ramos (Org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: S.A Fabris, 1997.

_____. Grundrechte im Leistungsstaat, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 30, W de G, Berlin, 1972.

HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O Direito de Autodeterminação do Paciente, in: *Revista da Ajuris*, nº 118, junho de 2010.

HEINZE, Rolf G.; SCHIMID, Josef; STRÜNCK, Christoph. *Vom Wohlfahrtsstaat zum Wettbewerbssaat*. Arbeitsmarkt und Sozialpolitik in den 90er Jahren. Opladen: Leske Budrich, 1999.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editorial Civitas: Madrid, 1995.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HUSTER, Stefan. Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: *Juristen Zeitung*, 18/2008.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: KIRCHHOF, Paul; ISENSEE, Josef (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000.

JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 3ª ed. C.H. Beck Verlag: München, 1995.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed. 7ª reimpressão. Hermann Gentner Verlag: Bad Homburg vor der Höhe, 1960.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Direito Processual Constitucional*, in: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, vol. 9, nº 55, Porto Alegre: Síntese, set/out, 2008.

KAFKA, Franz. *A Metamorfose*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais, in: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6º ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Martonio Barreto, Judiciário versus Executivo/Legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia, in: *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

LIVELY, Donald E. *Landmark Supreme Court Cases – A Reference Guide*. Connecticut – London: Greenwood Press, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil, in: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36 n. 141 jan/mar. 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*. Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006.

LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã [1918-1923]*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Proteção da) Saúde, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. Comentários à Margem do Partido Operário Alemão. Porto Alegre: L&PM, 2001

MASSONETTO, Luís Fernando; BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica, in: *Separata do Boletim de Ciências Económicas da Universidade de Coimbra*, XLIX, 2006.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. (Org.). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Revista dos tribunais*. n. 27. 1999.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008.

MICHELMAN, Frank I. The Constitution, social rights and liberal political justification, in: *I.CON*, volume I, number 1, Oxford University Press and New York University School of Law, 2003.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *Globalização e Direito. O Impacto da Ordem Mundial Global sobre o Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRANDA, Jorge. (Org.). *Textos Históricos do Direito Constitucional*. Ed. Casa da Moeda: Lisboa, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental*. Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Filomeno. A “Constituição Econômica” no Brasil: da Subcomissão do Itamarati à Constituição Federal de 1988, in: COUTINHO, Aldacy; GRAU, Eros; SCAFF, Fernando; AMARAL, Francisco; COUTINHO, Jacinto; STRECK, Lenio; ARAÚJO, Luiz David; FACHIM, Luís Edson; LOBO, Paulo Neto. (Org.). *LIBER AMICORUM – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e Cidadania – Por Uma Jurisdição Constitucional Democrática*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

_____. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrgs.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2º ed. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Desafios Institucionais Brasileiros*, in: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.

NETO, Eurico Bitencourt. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NETO, Luísa. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUNER, Jörg. Os Direitos Humanos Sociais, in: *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 7, jan/jun. de 2006.

_____. O princípio da igualdade de tratamento no direito privado alemão. *Revista trimestral de direito civil*. v. 37, n. 10, 2009.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Vol. I. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra editora: Coimbra, 2010.

NUSSBERGER, Angelika. *Sozialstandards im Völkerrecht*. Eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozialschutzes. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, in: *Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica*. Revista de Processo, vol. 155, jan, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. A Direção da Constituição Dirigente e Outras Direções, in: COUTINHO, Aldacy; GRAU, Eros; SCAFF, Fernando; AMARAL, Francisco; COUTINHO, Jacinto; STRECK, Lenio; ARAÚJO, Luiz David; FACHIM; Luís Edson; LOBO, Paulo Neto. (Org.). *LIBER AMICORUM – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

OLIVEIRA, Neyder Alcântara de. *As Influências Francesas na Constituição de 1824*. Amal: Maceió, 1975.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21º ed. Heidelberg: CF Müller, 2005.

PERETTI, Terri. *Constructing the state action doctrine 1944-2000*. Conference Paper, Chicago, IL, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4º ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional, 3 vol. 1984.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do possível, in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, vol. 5, jan/jun de 2005.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, in: SARLET, Ingo W. (Org.) *O Direito Público em Tempos de Crise*. Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). *La Protección Judicial de Los Derechos Sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador, 2009. p. 250.

_____. Posibilidades y Desafíos de un Derecho Constitucional Común Latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social, in: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, nº 11, enero-junio de 2009.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in: *Revista de Direito Social*, 3/28, Porto Alegre, 2001.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado, in: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, nº 61, jan/mar. 2007.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível, in: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. (Org.). *Constituição e Democracia*. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Os Direitos Fundamentais, sua Dimensão Organizatória e Procedimental e o Direito à Saúde: algumas aproximações, in: *Revista de Processo*, ano 34, nº 175, set/2009.

_____. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro, In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo W. (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado - Uma Perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, nº 10, jan/mar de 2010.

_____; FIGUEIREDO; Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações, in: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Org.) *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 Anos e o Direito Constitucional Brasileiro: Algumas Aproximações, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, nº 7, abr/jun de 2009.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada*. Construindo pontes entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A Assembleia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional brasileira sob a carta de 88, in: SARLET, Ingo W.; TAVARES, André Ramos; LEITE,

George Salomão. (Org.). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____ ; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moura. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

SILVA, Vasco Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, ano XX, n. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio. Dignidade, Cidadania e Direitos Humanos, in: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*: Fortaleza, 2010. pp. 4974-4986.

SIMON, Helmut. Grundrechte im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: KLEIN, Eckart. (Hrgs.). *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit*. Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 1995.

SINGER, Paul. Direito, Economia e Mudança Social, in: ARGÜELLO, Katie (Org.). Direito e Democracia. Letras Contemporâneas: Florianópolis, 1996.

SOUZA, Italo R. Fuhrmann e. Decisão da Corte Constitucional da República da Colômbia – T-760, Proferida aos 31 de Julho de 2008 – Um Marco Jurídico para o Direito à Saúde na Colômbia, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, nº 11 – abr/jun. 2010.

_____ ; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Aproximações acerca da Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares no Direito Brasileiro in: *Revista da Ajuris*, v. 37, nº 118 – junho de 2010.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrgs.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2º ed. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Reflexões Hermenêuticas acerca do Papel (Dirigente) da Constituição do Brasil e os (Velhos) Obstáculos à Concretização dos Direitos Fundamentais/Sociais, in: SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre. (Org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais, in: *(Neo)constitucionalismo – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, nº 2, 2004.

SUNSTEIN, C.; HOLMES, S. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York-London: W.W Norton and Company, 1999.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In, SARLET, Ingo Wolfgang;

TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

_____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, de Jorge Reis Novais, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, nº 11, abr/jun de 2010.

TRIBE, Laurence H. Refocusing the “state action” inquiry: separating state acts from state actors. In: _____. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2º ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

TUSHNET, Mark. The constitution, baselines, and the problem of private power. In: STONE, Geoffrey et. al. *Constitutional Law*. New York: Aspen Publishers, 2003.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

UPRIMNY, Rodrigo. Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía, in: SARLET, Ingo W. (Org.) *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

VERA, Oscar Parra. El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad, in: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en matéria de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Ediciones Beramar: Madrid, 1993.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2, in: *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15. Februar 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF, in, SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WARAT, Luís Alberto. *Ensino e Saber Jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.