

UNIRIO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PATRÍCIA BRANDÃO DOS SANTOS

**DIREITO À SAÚDE EM CONTRAPARTIDA À RESERVA DO FINANCEIRAMENTE
POSSÍVEL: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA
CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL**

Rio de Janeiro, 2014

PATRÍCIA BRANDÃO DOS SANTOS

**DIREITO À SAÚDE EM CONTRAPARTIDA À RESERVA DO FINANCEIRAMENTE
POSSÍVEL: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA
CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal
do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO) como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: _____

Rio de Janeiro, 2014

PATRÍCIA BRANDÃO DOS SANTOS

**DIREITO À SAÚDE EM CONTRAPARTIDA À RESERVA DO FINANCEIRAMENTE
POSSÍVEL: A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA
CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Orientador

Prof.

Prof.

Rio de Janeiro, de de 2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, pela oportunidade a mim concedida de chegar ao final desta faculdade, e pela sabedoria e calma com que me conduziu ao longo deste trabalho.

Aos professores pelos conhecimentos e experiência a mim passados, certamente essenciais para minha formação.

À minha mãe, familiares e amigos que me apoiaram e incentivaram durante essa longa trajetória.

“Para realizar grandes conquistas, devemos não apenas agir, mas também sonhar, não apenas planejar, mas também acreditar.”

(AUTOR:ANATOLE FRANCI)

RESUMO

O objetivo dessa monografia é verificar a relevância do mínimo existencial e do direito à saúde, em contrapartida à reserva do financeiramente possível, bem como a importância e legitimidade da intervenção do Judiciário na salvaguarda desse direito fundamental considerado indissociável da dignidade e vida humanas. Tamanha é a relevância do direito à saúde que o mesmo é disposto universalmente em Declarações e Pactos ratificados pelo Brasil e na Constituição Federal de 1988, hodiernamente com status não só de direito social mas fundamental, bem como de um dever do Estado, da sociedade e de cada indivíduo, devendo portanto ter asseguradas sua efetividade e eficácia. Dentro desse contexto, devido a tal relevância, jurisprudência e doutrina têm exercido um papel essencial ao entender que em algumas situações outros direitos devem ceder perante a garantia de meios que assegurem as mínimas condições de uma vida digna. Para tanto, têm refletido muito no sentido de que deve-se delimitar quais as prestações que são realmente indispensáveis para uma vida digna, de modo que não haja supervalorização de um direito em detrimento de outros também constitucionalmente relevantes. A fim de alcançar decisões acertadas, devem ser norteadores a ponderação de interesses, proporcionalidade, razoabilidade, máxima efetividade da normas que tratam de direitos fundamentais, força normativa da Constituição, a dignidade da pessoa humana, dentre outros.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the relevance of minimum existential rights and the right to health in light of the principle of budgetary limitation, as well as the importance and legitimacy of judicial intervention to protect the fundamental right to a human worthy life. The right to health is universally provided in international Declarations and Pacts to which Brazil is a party and in the Federal Constitution of 1988, currently with status of a social and fundamental right as well as a State, social and individual duty, therefore having its effectiveness and efficacy assured. Within this context, the case law and jurisprudence have exercised an essential role in confronting situations where other rights shall cease in light of means that assure minimum conditions to a worthy life. Therefore, it is reflected in the sense that is shall limit what the provisions really required to a worthy life are, so as there is no over-evaluation of a certain legal right to the detriment of others that are also constitutionally relevant. In order to reach a correct decision, the Judiciary must balance interests involved in the controversy and the principles of proportionality, reasonableness, maximum efficacy of rules that protect fundamental rights, normative force of the Constitution, the dignity of natural persons, among others.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
...	
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTEÚDO ESSENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS.....	12
1.1 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.2 DIREITOS SOCIAIS E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO POSSÍVEL..	13
1.3 TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS	17
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE , MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL.....	19
2.1 NOÇÕES SOBRE DIREITO À SAÚDE E SUA RELEVÂNCIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL.....	19
2.2 DIREITO À SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL.....	20
2.3 DIREITO À SAÚDE E A RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	23
2.4 MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL.....	24
3 DIREITO À SAÚDE : LEGITIMIDADE E RELEVÂNCIA DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.....	27
3.1 CRÍTICAS, COMPLEXIDADES E DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA GARANTIA DE EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE.....	28
3.2 ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DO TEMA.....	37
CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	51

INTRODUÇÃO

Não há como abordar o direito à saúde sem pensar no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, valor maior do Estado e núcleo constitucional supremo em torno do qual gravitam os demais direitos. Todos esses e em especial o direito à saúde têm status de direito fundamental e como tal exigem eficácia.

Segundo Gandine, Barione e Souza¹, os direitos fundamentais, incluindo aí os direitos sociais, seriam guardiões da dignidade humana, sendo a saúde um direito fundamental social, cujo conceito está ligado a um completo estado de bem – estar, tanto físico quanto mental e social do homem, sem o qual não se imagina uma vida digna.

Destarte, constata-se a máxima relevância do tema e nesse sentido é de se esperar que haja a intervenção do sistema Judiciário nos casos devidos, enquanto responsável por assegurar a máxima eficácia dos valores garantidos pela Constituição Federal.

Todavia, segundo Barroso², hodiernamente há o questionamento quanto à judicialização excessiva da saúde, sobretudo quando se observa a ineficácia e omissão do Estado na prestação da assistência devida. Nesse sentido, há que se destacar a importância do sopesamento de temas constitucionais como os direitos fundamentais, mais especificamente o mínimo existencial (dentro dele o direito à saúde), o funcionamento da máquina estatal e a reserva do financeiramente possível, bem como que a relevância da atuação jurisdicional nos casos relacionados ao presente tema.

Poderá ser observado ao longo do trabalho que o direito à saúde enquanto direito fundamental social intrinsecamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, está diretamente vinculado ao mínimo existencial, que resumidamente refere-se ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, à reserva do financeiramente possível, que se trata da obrigação do Estado de alocar os recursos públicos de forma a implementar os direitos fundamentais, e que portanto é necessária para assegurar a efetividade e eficácia do direito à saúde, bem como também à intervenção jurisdicional no tema, já que por vezes entram em conflito direitos fundamentais e princípios constitucionais e a mesma entrará em cena de forma relevante para tentar assegurar um equilíbrio entre valores constitucionais diversos mas imprescindíveis, enquanto guardiã dos mesmos.

Dessa forma, esse trabalho pretende trazer uma breve análise sobre o direito

¹GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **BDJur**, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

²BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. [S.I.:s.n]. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>

fundamental à saúde, o mínimo existencial, a reserva do financeiramente possível, bem como sobre a legitimidade da atividade jurisdicional na garantia desse direito fundamental. Para tanto, serão trazidos estudos doutrinários e pesquisa jurisprudencial sobre o tema.

A relevância deste trabalho está em que se trata o tema de um direito que é nada menos que núcleo essencial à dignidade da pessoa humana, constituindo a preservação e tutela do direito à saúde algo que deveria ser visto como intocável, vez que ligado inseparavelmente ao direito à vida, considerado em todos os seus aspectos.

De fato, em que medida o direito à saúde enquanto direito fundamental indissociável do direito à vida deve ser limitado pela reserva do financeiramente possível? Qual a importância da intervenção jurisdicional para garantir um equilíbrio na concretização de cada um desses valores constitucionais diversos?

Tendo essa questão como norte, o objetivo desta monografia consiste em, primeiramente, descrever brevemente o direito à saúde, o mínimo existencial, a reserva do financeiramente possível e o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Uma vez circunscrito o objeto de investigação, verificar a relevância do direito à saúde em contrapartida à reserva do financeiramente possível, bem como que a importância da intervenção do Judiciário na salvaguarda desse direito fundamental.

Esta pesquisa será realizada através de uma revisão literária utilizando livros e artigos, sites de busca jurisprudencial, bem como bibliotecas universitárias, de acordo com os seguintes critérios: direitos sociais, direito à saúde, mínimo existencial, reserva do financeiramente possível e judicialização do direito à saúde.

No primeiro capítulo será abordado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o qual precisa ser estabelecido a fim de que sirva de parâmetro de controle dos limites eventualmente impostos à efetivação dos direitos sociais. Para tanto, serão trazidos alguns breves conceitos sobre as dimensões dos direitos sociais, os custos desses direitos e sobre a reserva do financeiramente possível enquanto limitador dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo trará alguns conceitos sobre a importância do direito à saúde, suas dimensões enquanto direito fundamental, ressaltando-se que o direito à saúde não é apenas um direito, mas um dever do Estado e de particulares, bem como sua relação com a reserva do financeiramente possível, no sentido de se delimitar o que é prestação obrigatória do Estado no âmbito da saúde, não podendo ser aquela o único limitador desse direito fundamental. Trata ainda o capítulo do que é o mínimo existencial e sua relação com o direito à saúde, bem como que sua relação com a reserva do possível.

No terceiro capítulo, será abordado o ponto crucial deste trabalho que é exatamente a preocupação com a legitimidade e relevância da intervenção jurisdicional. Serão trazidas

críticas à intervenção jurisdicional, defendendo os adeptos das mesmas que essa intervenção acarretaria violação na independência funcional dos Poderes bem como que a judicialização de questões relacionadas às políticas públicas, as quais seriam eminentemente tarefas dos demais Poderes, em especial do Poder Executivo, abordado de forma mais direta neste trabalho. Serão trazidas ainda algumas diretrizes para uma atuação legítima do Judiciário e por fim, as decisões judiciais mais relevantes acerca do tema, tudo isso a fim de que se possa demonstrar o múnus constitucional do Judiciário em resguardar o direito fundamental à saúde, consectário do direito à vida e inseparável da dignidade da pessoa humana.

1) DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONTEÚDO ESSENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

1.1) O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Lopes¹, todo direito fundamental é passível de limitação, desde que seja respeitado o conteúdo essencial, ou seja, desde que não torne o direito impraticável ou dificulte além do razoável a sua fruição.

Nesse sentido, a autora acima afirma que existem critérios para se delimitar esse conteúdo essencial, porém não há consenso quanto aos mesmos, restando dúvidas quanto a se devem ser estabelecidos quanto a uma norma objetiva ou um direito subjetivo. Em que pese a falta de consenso, a maioria da doutrina aceita o subjetivo, pelo qual se faz necessária a análise da gravidade da limitação do direito em relação ao indivíduo afetado, pois leva-se em consideração ele e não a coletividade.

Ainda sob o mesmo viés, a autora aponta a existência de duas teorias que pretendem determinar o conteúdo essencial, quais sejam: a relativa, em que devem ser analisados em cada caso os valores e interesses em jogo para que se possa definir o que é essencial ou não e a absoluta, teoria dominante, em que se define que o conteúdo essencial de um direito é sempre o mesmo, ainda que exista um interesse estatal em conflito.

Na tentativa de explicitar o que seria o conteúdo essencial propriamente dito, a autora trata de algumas teorias, quais sejam: a *doutrina de Smend*, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser considerados de forma integrada entre os particulares e o Estado; a *teoria de Düring*, que identifica o conteúdo essencial com a própria dignidade humana e a *teoria de Häberle* que relaciona os direitos fundamentais a bens jurídicos constitucionais de particulares e da coletividade, bem como o interesse público e o privado através de uma ponderação de bens.

Em síntese, Lopes² afirma ser o conteúdo essencial o limite dos limites aos direitos fundamentais, de forma a impedir que os mesmos sejam desnaturalizados. O conteúdo essencial, a ponderação dos bens e a proporcionalidade devem ser os mecanismos norteadores para a realização desses direitos fundamentais.

¹ LOPES, Ana Maria D'Avila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a 41 n.164 out/dez. 2004.

² Ibid.,2004.

1.2) DIREITOS SOCIAIS E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO POSSÍVEL

Inicialmente, convém mencionar que para se pensar no tema, é necessário considerar um Estado voltado à consecução da justiça social, qual seja, o Estado Social de Direito .

Todavia, conforme Sarlet³, hodiernamente constata-se a crise desse modelo de Estado, ocasionada pelos efeitos da globalização econômica, do neoliberalismo somados ao enfraquecimento do Estado e consequentes desnacionalização, desestatização e redução da intervenção na economia e sociedade, o que traz como consequência a diminuição da capacidade do Poder Público em assegurar a efetiva fruição dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, a crise do Estado Social acarretou a crise da sociedade, da cidadania, democracia e supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, assistência social e previdência).

À luz do que ensina Sarlet⁴, para entender a amplitude dos direitos sociais, é necessário que se faça a distinção, proposta por Alexy e Canotilho, entre os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações.

Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais objetivam a limitação do poder estatal, ou seja, seriam direitos negativos e abrangeriam os direitos de liberdade e igualdade, à vida e propriedade (direitos de primeira geração).

Já como direitos a prestações, implicam uma postura positiva do Estado. São os direitos de segunda geração, os direitos sociais, ligados a fatores de implementação da justiça social e concretização da proteção à dignidade da pessoa humana, correspondendo a uma evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático e social de Direito e consagrando-se após a Segunda Guerra Mundial.

Em acréscimo, conforme o autor acima, essa dimensão prestacional está diretamente vinculada a criação, distribuição de serviços e bens materiais , e portanto ao aspecto econômico desses direitos, surgindo então o que se denominou de reserva do possível, que em sentido amplo abrange a possibilidade e o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma. E é por esta razão que parte da doutrina considera esses direitos como de cunho programático, uma vez que dependem de concretização legislativa, de circunstâncias de natureza social e econômica para que haja efetividade e eficácia.

³Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I – vol. I – n° 1 abril de 2001.

⁴ Ibid., 2001.

Lecionam Sarlet e Figueiredo⁵ que a relevância de saber que os direitos sociais tem essas duas dimensões está diretamente ligada à garantia de sua concretização, aplicabilidade, efetividade e eficácia, uma vez que todos os direitos fundamentais (e portanto o direito à saúde) podem implicar “um custo“, sobretudo quando se fala em sua dimensão prestacional, o que demanda análise da conjuntura econômica.

Os direitos sociais prestacionais estão ligados às prestações em sentido estrito, aos fatores de implementação da justiça social, por estarem vinculados à obrigação para com o fomento da dignidade da pessoa humana.

Sarlet e Figueiredo⁶ afirmam que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo“, de modo que isso não se limita aos de cunho prestacional, aplicando-se isso também ao direito à saúde. Todavia, do ponto de vista jurisdicional, isso nunca constituiu impeditivo para a imediata aplicabilidade desses direitos, diferentemente do que ocorre com os direitos sociais de cunho prestacional, para os quais o “custo” assume relevância quanto à sua aplicabilidade e efetivação, o que significa para a maior parte da doutrina que a realização das prestações reclamadas demanda a análise da conjuntura econômica.

Ainda conforme Sarlet e Figueiredo⁷, há que se considerar que ainda que haja relevância econômica dos direitos sociais prestacionais, deve-se questionar se efetivamente todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica, uma vez que há quem sustente que existem direitos sociais a prestações economicamente neutros, no sentido de que há direitos cujas prestações materiais estão ligadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis.

Dentro do contexto dos limites à efetivação dos direitos sociais, mais especificamente no que tange à reserva do financeiramente possível, Figueiredo e Sarlet⁸ defendem que a mesma constitui espécie de limite fático e jurídico aos direitos fundamentais, conforme se segue:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na

⁵SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

⁶Ibid., 2008.

⁷Ibid., 2008.

⁸SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008, p. 21.

perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Ressalta José Joaquim Gomes Canotilho (*apud* IURCONVITE, 2010, p. 2)⁹ que os direitos sociais pressupõem a existência de disponibilidades financeiras por parte do Estado, ou seja, demandam custos sociais, diferentemente dos direitos à liberdade, por exemplo, que exigem bem menos do Estado. Assim, aderiu-se com facilidade à construção dogmática da reserva do financeiramente possível, pois um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale a nenhuma vinculação jurídica.

Krell¹⁰, ao tratar da questão da efetividade e eficácia dos direitos sociais, afirma ser necessária a revisão da separação dos Poderes no que tange ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos. Isto porque a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, e sim à não-prestação real desses serviços pelo Poder Público.

Ressalta que o problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas, bem como na composição dos gastos nos orçamentos da União, Estados e Municípios e a não aplicação por parte do Poder Executivo dos recursos financeiros previstos pela Lei Orçamentária para determinados serviços públicos.

Nesse sentido, Krell¹¹ chama a atenção para a necessidade de se considerar os direitos sociais como direitos subjetivos dos indivíduos, e não simplesmente como meras normas programáticas. O autor perfilha o mesmo posicionamento de Robert Alexy, no sentido de que os direitos sociais representam “mandados de otimização” que devem ser “densificados”. Todavia, afirma o autor que a fim de assegurar essa ideia, o Brasil ainda precisa evoluir, pois os meios jurídicos aptos para tanto ainda são insuficientes, como por exemplo, os impulsos lentos da Lei da Responsabilidade Fiscal ou o fato do controle de gastos pelo Tribunal de Contas restringir-se aos aspectos formais.

Dentro ainda desse contexto de se considerar os direitos sociais como direitos

⁹IURCONVITE, Adriano dos Santos. A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010, p.2.

¹⁰KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

¹¹Ibid., 1999.

subjetivos, ressalta o autor que a doutrina constitucional, como José Afonso da Silva, já aceita essa ideia, porém esbarra em entraves formais, quer dizer, de se avaliar no sentido de se considerar inconstitucional qualquer lei ou ato administrativo que venham de encontro aos princípios e objetivos expressos na Constituição Federal de 1988. Seria importante esclarecer se seria inconstitucional leis por exemplo que permitissem cortes no orçamento da respectiva entidade pública, ou leis que diminuíssem o valor das verbas destinadas aos fins sociais básicos.

Segundo Krell¹², dentro dessa visão de consciência social, os direitos sociais à saúde e assistência social são indissociáveis do direito humano à vida e à integridade física, até bem porque não há como se pensar em assegurar condições materiais mínimas sem se pensar na dignidade da pessoa humana, como por exemplo quando o Estado deixa de envidar esforços para atender a população mais carente que não possui plano de saúde privado.

À luz ainda do que ensina Krell¹³, o ponto crucial está em se analisar quem possui a legitimidade para definir o que seria “possível” de ser realizado pelo Estado na área de prestações sociais básicas, uma vez que o nível de exclusão social no Brasil é muito grande.

A Suprema Corte, no STA AgR 175¹⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, abordou de forma ponderada que quando se trata de direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, deve o Estado reservar valores variáveis, de forma a exercer-se a *justiça distributiva*, conceito ligado a quanto disponibilizar e a quem atender, de maneira que isso implicaria em escolhas alocativas impreterivelmente pautadas por critérios de *macrojustiça*. A escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra deve considerar o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, dentre outros.

¹²KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

¹³ Ibid., 1999, p. 246.

¹⁴SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DE PODERES. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDIAMENTO: ZAVESCA(MIGLUSTAT). FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1.3) TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

Krell¹⁵ afirma que a ideia de ligação entre os direitos fundamentais de liberdade e o mínimo social (teoria do mínimo existencial) é fruto da necessidade de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn da Alemanha. Em outras palavras, a doutrina alemã extraiu o “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física. Segundo essa teoria, o indivíduo tem um direito subjetivo contra o Poder Público em caso de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna.

Em que pese a grandiosidade da teoria, doutrina e jurisprudência brasileiras se mostram resistentes a implementá-la.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso (*apud* KRELL, 1999, p. 247)¹⁶, afirma que esse padrão mínimo poderia ser ordenado pelo Judiciário, o que não tem acontecido devido a motivos ideológicos e não jurídico-rationais, esquecendo-se muitas vezes dos pontos de vista valorativos, ligados à justiça material.

Krell¹⁷ destaca que a adoção pelo Brasil da Constituição dirigente (Constituição de 1988) é necessária, pois estabelece um fundamento constitucional para a política, tornando-se sua premissa material e direcionando-a a permitir a existência de um Estado Social. Destaca que de nenhuma forma isso interfere na liberdade do legislador ou na discricionariedade do governo ao tomar suas decisões., o que difere nesse ponto da Alemanha e das teorias liberalistas e internacionalistas, voltadas à exclusividade de atuação do legislador ordinário, no que tange a determinação do conteúdo concreto dos direitos sociais.

Nesse diapasão, Krell¹⁸ vai além, defende a alteração das funções clássicas dos juízes, tornando-os co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, “arquitetos sociais”, a fim de que se possa permitir a concretização desses direitos sociais. Ou seja, a ruptura entre o Direito e a Política.

Nessa linha, defende o autor que exige-se hoje um Judiciário intervencionista, em que haja *criatividade* por parte do juiz, a fim de ousar controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes.

Afirma ainda que o ativismo judicial se justificaria uma vez que as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais não estão relegadas somente ao Executivo ou

¹⁵KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 247.

¹⁶Ibid., 1999, p. 247.

¹⁷Ibid., 1999.

¹⁸Ibid., 1999, p. 250.

Legislativo, mas têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais. Nesse diapasão, uma possibilidade para solução do problema seria a contestação e o controle das leis orçamentárias, por ação direta de inconstitucionalidade, por meio do Ministério Público (artigo 102, I CRFB/88) toda vez que contrariem os dispositivos constitucionais.

A título de exemplo, a autora propõe a condenação do Poder Público à prestação de um determinado serviço público básico, nos casos individuais ou o pagamento de serviço privado, como o reembolso de despesas médicas em hospital particular. De forma sucinta, propõe uma mescla do sistema legalista com ingredientes do juízo discricionário de equidade.

Conforme ainda Krell¹⁹, já é possível se vislumbrar alguma mudança nesse sentido, sobretudo através da crescente utilização da ação civil pública pelo Ministério Público na tutela dos direitos *difusos*, ligados diretamente à implementação dos direitos sociais pelo Estado.

¹⁹KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

2) CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

2.1) NOÇÕES SOBRE DIREITO À SAÚDE E SUA RELEVÂNCIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Conforme Sarlet¹, a noção de direito à saúde deve-se originariamente a dois desenvolvimentos históricos, o movimento da saúde pública do século XIX e o reconhecimento dos direitos sociais no século XX. Atualmente, encontra-se positivado em mais de sessenta Constituições, além de documentos internacionais que garantem direitos relacionados à saúde. Dessa forma verifica-se que atingiu alcance internacional.

Segundo Gandini, Barione e Souza², antes de adentrar no direito à saúde, previsto em nossa Constituição Federal de 1988, é importante ressaltar que após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se no mundo todo um movimento que tentou resgatar de modo efetivo os direitos humanos, em especial com a criação de Declarações Internacionais para reconhecimento dos direitos sociais, como o direito à saúde, tomando-se como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Como fonte mais importante das modernas Constituições, essa Declaração estabeleceu em seu artigo XXV:

Art. XXV – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)³.

Dessa forma, Sarlet⁴ afirma que coube à Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, de 1948, em seus artigos 22 e 25 tratar desse direito, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção dos Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, todos

¹MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte . Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

²GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências**. BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

³BRASIL. Ministério da Justiça .Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. [SI.:s.n.]. Objetiva o respeito aos direitos humanos e adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos. Artigo XXV. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

⁴SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo , eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** – Numero 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888.

ratificados pelo Brasil.

Observa-se portanto a imensurável importância do direito à saúde, a ponto de que mesmo em países nos quais este direito não está previsto expressamente na Constituição, reconhece-se a saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), como ocorreu na Alemanha e em outros lugares.

Segundo Sarlet⁵, a Constituição Federal de 1988 está em sintonia com a garantia do “mais alto nível possível de saúde”, que engloba a saúde preventiva e curativa, tal como prescreve o artigo 12 do Pacto Internacional De direitos Econômicos , Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, ratificado e incorporado pelo Brasil.

No Brasil, a influência proporcionada pelas Declarações de Direitos atingiu seu ponto máximo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o direito à saúde encontra-se previsto no âmbito da seguridade social e ostentando o status de direito fundamental, expressamente previsto nos artigos 6º e 196, ao consagrarem a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme Molinaro; Sarlet⁶, não basta que as normas (princípios e regras) que conformam o direito tenham eficácia formal. Exige-se a sua implantação no mundo dos fatos. Antes de ser um direito público subjetivo à prestação estatal é direito objetivo, incorporado na ordem jurídica. Pelo sistema constitucional brasileiro, ao Estado (nas três esferas federativas, cada uma com suas atribuições) compete o dever de proteção à saúde, correlato ao direito público subjetivo irradiado. Por consequência, ele pode ser sindicado pela via judicial, sempre que o Estado descumprir seu dever assistencial.

2.2) DIREITO À SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

De acordo com Mendes; Coelho e Branco⁷, trata-se a saúde de um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, devendo este fazer uso da promessa constitucional da reserva do financeiramente possível, que nada mais é do que a obrigação do Estado de alocar os recursos públicos de forma a implementar esses direitos, devendo ratear os recursos

⁵SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

⁶MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte . Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

⁷M ENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO , Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. e atual . São Paulo: Saraiva, 2008.

disponíveis a fim de atender os mais necessitados.

De acordo com o que lecionam os autores acima, as ideias de Constituição dirigente e de Estado Provedor, que constam na nossa Carta Magna, atribuíram sobretudo ao Poder Público o ônus de custear a satisfação das necessidades ligadas à saúde e à educação, as quais são essenciais quando se trata de dignidade humana. E mais, os direitos fundamentais (individuais, coletivos e sociais) gozam de aplicabilidade direta e imediata, conforme disposto no § 2º do artigo 5º da Carta Magna, não podendo dessa forma ser apenas meras promessas do constituinte originário.

Segundo Sarlet⁸, a saúde comunga da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. A fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivo, desdobrando-se em 3 elementos: todos os direitos fundamentais (e portanto a saúde) trazem normas de superior hierarquia, pois parte integrante da Constituição escrita; por estarem nessa Constituição escrita, também estão sujeitos aos limites formais e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional e por fim, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares, devido ao que dispõe o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Convém ressaltar, nos termos do que ensina ainda Sarlet⁹, que no que tange à fundamentalidade material, a mesma deve ser considerada sob a perspectiva da relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que nem se cabe questionar, dado ser de extrema relevância o direito à saúde para a vida humana, e diga-se, vida com dignidade.

Ensina-nos Sarlet¹⁰, que o direito à saúde tem ainda duas dimensões: a positiva e a negativa. Esta, também conhecida como dimensão defensiva do direito à saúde, define que a saúde, enquanto bem jurídico fundamental, está protegida contra qualquer agressão de terceiros, ou seja, o Estado e particulares. Além disso, há que se considerar o princípio da proibição do retrocesso no que toca a essa dimensão, bem como que a proteção outorgada pelo Constituinte ao direito à saúde quando incluiu os direitos sociais nos elenco das denominadas “cláusulas pétreas”, de sorte que nem mesmo uma Emenda poderia abolir ou restringir o núcleo essencial do direito à saúde, sob pena de sujeição da mesma ao controle de constitucionalidade.

Dentro ainda do que chamou de dimensão negativa do direito à saúde, Sarlet¹¹

⁸SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** – Numero 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888.

⁹Ibid., 2007.

¹⁰Ibid., 2007.

¹¹SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** – Numero 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888.

afirma que é pela relevância do bem jurídico tutelado pelo direito à saúde, qual seja, a vida, a dignidade, integridade física e psíquica do ser humano, que as normas jusfundamentais sobre o direito à saúde estão inseridas no contexto dos chamados limites materiais implícitos à reforma constitucional.

Já quanto a dimensão positiva, Sarlet¹² ressalta estar ligado o direito à saúde à possibilidade de exigir do poder público e até mesmo de particulares prestações materiais, como por exemplo um tratamento médico determinado, exames laboratoriais, internação hospitalar, fornecimento de medicamentos, dentre outros.

Defende Molinaro e Sarlet¹³ que o direito à saúde é complexo, mas seu conteúdo envolve as condições contextuais que afetam a saúde e os cuidados médicos. Em outras palavras, direito à saúde não envolve apenas o tratamento de doenças, mas a busca da qualidade de vida e bem-estar, seja através de tratamentos; de programas de combate à propagação de doenças ou proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

Defende ainda Sarlet¹⁴ que o fato de o objeto do direito à saúde não estar bem delimitado ocasiona uma certa dificuldade, sobretudo no que tange às prestações positivas, pois não se sabe se dentre elas são abrangidas todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana(desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc) ou se esse direito encontra-se limitado às prestações vitais.

Nesse sentido, caberia ao legislador federal, estadual e municipal definir o que é o direito à saúde, respeitando-se o previsto na Constituição e ao Judiciário a interpretação das normas infraconstitucionais em consonância com a Carta Magna.

No que toca aos limites fáticos do direito à saúde, como por exemplo a reserva do financeiramente possível, Sarlet¹⁵ sustenta o entendimento de que em ocorrendo a necessidade de prestações de cunho emergencial, nas quais o indeferimento acarretaria comprometimento irreversível ou o sacrifício de outros bens essenciais(vida, integridade física e dignidade da pessoa humana), há que se reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.

De forma a reforçar esse argumento, destaca ele que basta observar que a Constituição Federal veda expressamente a pena de morte, a tortura e imposição de penas

¹²SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** – Numero 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888.

¹³MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte . Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

¹⁴Ibid., 2007.

¹⁵Ibid., 2007.

desumanas mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual a insuficiência de recursos, por si só, não justificaria a ofensa aos requisitos da razoabilidade e ao senso de justiça, necessários para impedir que se condene à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não poder arcar com o custo do tratamento.

Conforme Molinaro; Sarlet¹⁶, a capacidade econômica do Estado por si só não pode ser o único fator a limitar o direito à saúde, ainda que este não seja absoluto, salvo se em questão outro direito fundamental.

Dessa forma, ainda que se admitisse a limitação do direito à saúde com base no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, deveria o Poder Público comprovar efetivamente a falta de recursos indispensáveis à satisfação dos direitos às prestações, de maneira que o simples argumento de que o Estado não possui meios financeiros para arcar com as demandas sociais sem comprovação fática deve ser descartado.

2.3) DIREITO À SAÚDE E A RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL

Segundo Robert Alexy (*apud* SALDANHA, 2009, p. 8)¹⁷, a construção do mínimo existencial ocorreu na Alemanha, a partir de decisões relacionadas aos direitos sociais, proferidas pelo Tribunal Constitucional, defendendo que a assistência aos necessitados é dever do Estado Social. Essas decisões fundamentaram a criação de uma *teoria do mínimo social aos direitos fundamentais*, o que foi um marco na doutrina alemã, uma vez que a mesma tinha que superar a ausência de qualquer direito social na Carta de Bonn.

Saldanha¹⁸ salienta que na doutrina do pós-guerra, o primeiro jurista a defender a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi Otto Bachof, que já em 1950 considerou que o princípio da dignidade humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também a um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais, a própria dignidade humana fica sacrificada. Em outras palavras, o direito à vida não pode ser concebido apenas como proibição de destruição da existência, mas também como um dever do Estado de ter uma postura positiva no sentido de garantir a vida.

Ingo Wolfgang Sarlet (*apud* SALDANHA, 2009, p. 10)¹⁹ ressalta que no Brasil,

¹⁶MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte .Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

¹⁷SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. **Revista acadêmica da ESMP**. Fortaleza, ano 1, n.1, ago./dez. 2009.

¹⁸Ibid., 2009.

¹⁹SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. **Revista acadêmica da ESMP**. Fortaleza, ano 1, n.1, ago./dez. 2009.

embora essa garantia não seja expressa, não se pode olvidar que no artigo 170 da Carta Magna está prevista a garantia de uma existência digna. Nas palavras do autor:

O conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, saudável (...). Este tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade.

Segundo Guerra; Emerique²⁰, o mínimo existencial tem uma feição garantística, ligada à ideia de que outros direitos devem ceder perante a garantia de meios que assegurem as mínimas condições de uma vida digna, bem como que uma feição prestacional, ligada à obrigação do Estado em assegurar os direitos sociais e a extensão dessa obrigação. Defendem os autores que deve-se delimitar para tanto quais as prestações que são realmente indispensáveis para uma vida digna, de modo a não se correr o risco de supervalorização de um direito em detrimento de outros também constitucionalmente relevantes.

Para Ana Paula de Barcellos (*apud* IURCONVITE, 2010, p. 3)²¹ há que se considerar o aspecto fático do mínimo existencial que delimita o limite de possibilidades materiais para os direitos sociais. Esse limite relaciona-se à própria inexistência de meios hábeis à satisfação de diversas necessidades humanas. Ainda, há o aspecto jurídico do mínimo existencial, o qual trata da necessidade de prévia dotação orçamentária como limite para o cumprimento imediato de uma decisão judicial.

Outrossim, ressalta a autora que se inexistir impossibilidade do ponto de vista fático, a simples limitação de recursos não justifica o desrespeito ao mínimo existencial à saúde, vez que o que se deve considerar é a essencialidade do direito e a sua condição de obrigação prioritária do Estado.

2.4) MINIMO EXISTENCIAL E SUA RELAÇÃO COM A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

Segundo Torres²², a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode intervir para determinar a entrega das prestações positivas, uma vez que tais direitos

²⁰GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant Emerique. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, nº 9 – Dezembro de 2006.

²¹IURCONVITE, Adriano dos Santos. A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010.

²²TORRES, Ricardo Lobo. Direito à saúde, mínimo existencial e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez. 2008.

fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas são garantias institucionais da liberdade, estão inseridas na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

Para ilustrar o acima descrito, Torres²³ afirma que a Suprema Corte comunga desse pensamento como se percebe no RE 273.834 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello²⁴. Trata-se de caso em que se questiona a concessão de remédios para aidéticos, decidindo a Corte Suprema que a falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz, cabendo ao administrador essa preocupação, vez que deve este atender às necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e carentes.

Torres²⁵ alerta ainda para a importância de se diferenciar entre o mínimo existencial e os direitos sociais e econômicos no que tange à proteção desses e sua efetivação, uma vez que o mínimo existencial prescinde de lei ordinária, enquanto que os direitos econômicos e sociais dependem da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. Os direitos econômicos e sociais estão vinculados à “reserva do possível” ou “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos.

Defende o autor que quando houve a mescla do mínimo existencial com os direitos sociais, criou-se um problema para o Judiciário que já vinha acontecendo, qual seja, a insistência deste em adjudicar bens públicos individualizados (ex: remédios), no lugar de determinar a implementação da política pública adequada, o que a seu ver seria mais eficiente, pois do contrário, favorece-se a predação da renda pública pelas elites, que para atender seus interesses “superlitigam”, sobrecarregando o Judiciário.

Nesse sentido, o autor faz uma diferenciação interessante entre o mínimo existencial e os direitos sociais, chamando atenção para o fato de que a judicialização da política exerce importante papel na afirmação do direito à saúde como mínimo existencial, o que legitima a intervenção jurisdicional, tendo em vista o seu caráter contramajoritário.

Ainda sob esse mesmo viés, conclui Torres²⁶ que o direito à saúde tem dupla face: direito fundamental social (mínimo existencial), justificável na assistência aos pobres e nas

²³TORRES, Ricardo Lobo. Direito à saúde, mínimo existencial e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez. 2008.

²⁴PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

²⁵Ibid., 2008.

²⁶TORRES, Ricardo Lobo. Direito à saúde, mínimo existencial e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez. 2008.

prestações de medicina preventiva e como direito social, sujeito à reserva do possível, no que concerne à assistência aos ricos e à classe média e às prestações de medicina curativa.

Cabe aqui mencionar o que lecionam Guerra; Emerique²⁷ no sentido de que a defesa do mínimo existencial à saúde não se trata de assegurar um mínimo próprio a cada direito, porque seria o mesmo que nivelar por baixo direitos que não foram hierarquizados pela própria Carta Magna.

Defende Sarlet²⁸ que o mínimo existencial não se trata de um mínimo apenas fisiológico ou vital, devendo ser considerado como um completo bem estar físico, mental e social, ou seja, deve assegurar o equilíbrio entre a pessoa e o meio em que está inserida (realidade cultural, social, geográfica, climática, etc).

Segundo Sarlet²⁹ não se deve limitar a reserva do possível a um limite posto pelo orçamento. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que mais importante que tudo é a Constituição, impondo-se o dever de fidelidade ao disposto na mesma, em especial no que toca aos seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

Defende o autor ainda que o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não pode ser limitado à garantia do mínimo existencial, porém quando este estiver em causa, há que se reconhecer um direito subjetivo a prestações e como tal plenamente exigível jurisdicionalmente.

Destaca ainda Sarlet³⁰ que para que haja a garantia do mínimo existencial no que tange à saúde, deve-se considerar também os princípios da precaução e prevenção, sobretudo no que diz com a observância de critérios científicos e garantias de segurança e eficácia do tratamento e também em virtude da racionalização e otimização dos recursos públicos.

Em conclusão, o autor afirma que não há que se confundir a importância e as dimensões da reserva do possível com a obstaculização da plena eficácia e efetividade do mínimo existencial, inclusive quanto à sua exigibilidade, não apenas como um direito derivado(de igual acesso às prestações exigidas na legislação infraconstitucional), mas também como direito subjetivo originário e definitivo a prestações, o que se revela ainda mais premente tratando-se de saúde e vida humanas.

²⁷GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant Emerique. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, nº 9 – Dezembro de 2006.

²⁸SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

²⁹Ibid., 2008.

³⁰SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

3) DIREITO À SAÚDE : LEGITIMIDADE E RELEVÂNCIA DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

Segundo Barroso¹, a Constituição Federal não mais é percebida como um documento estritamente político, comportando os direitos constitucionais em geral, dentre eles o direito à saúde, tutela judicial especial. Isso ocorre devido à necessidade de atenção universalizada ao direito à saúde e muitas vezes à ineficiência ou ausência de políticas públicas que atendam às demandas do setor.

O autor reflete sobre a importância de se ter uma atuação legítima do Judiciário no que tange à provisão do direito à saúde, uma vez que é necessário que se estabeleça uma ponderação entre valores diversos, como o direito à vida e à saúde e a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível.

O ilustre constitucionalista afirma que o Estado Constitucional de Direito preconiza a centralidade dos direitos fundamentais, dentre eles o mínimo existencial, no qual se insere o direito à saúde, devendo os três Poderes assegurarem a realização desses direitos da maior e melhor forma possível. Dentro desse contexto, quando o Legislativo e o Executivo vulneram esses direitos fundamentais, entra em cena o Judiciário.

Ainda segundo Barroso², a atividade jurisdicional deve ocorrer com cautela, intervindo apenas quando não houver lei ou atos administrativos que garantam os direitos constitucionais, bem como que em casos de omissão ou negligência da Administração.

Gandine, Barione e Souza³, ao tratarem do tema lembram que o próprio sistema de “freios e contrapesos” legitima a intervenção do Judiciário a fim de que se controlem os abusos (seja por ação ou omissão) dos demais Poderes no exercício de suas competências.

Dentro do contexto de existência ou não de recursos para a provisão das políticas de assistência, Gandine, Barione e Souza⁴ destacam que a própria Constituição Federal em seus artigos 165 a 169 prevê situações de realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), além da possibilidade de transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inciso VII).

¹BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.**[S.I.:s.n.] 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>

²Ibid., 2008.

³GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.** BDJur, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

⁴Ibid., 2007.

3.1) CRÍTICAS, COMPLEXIDADES E DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA GARANTIA DE EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE

Sob o ponto de vista das críticas feitas à intervenção jurisdicional, à luz do previsto no artigo 196 da Constituição Federal, observa-se a intenção do legislador em afirmar que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas (atribuição principalmente do Poder Executivo) e não através de intervenção do Judiciário.

Consoante ensina Barroso⁵, outra crítica à atuação do Judiciário é quanto à legitimidade democrática, no sentido de que cabe aos representantes eleitos pelo povo determinar de que maneira serão gastos os recursos públicos, como por exemplo se na prevenção de doenças ou na educação, dentre outros.

Conforme Barroso⁶, apesar de relevantes as críticas, a discussão sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário vai além de se verificar a legitimidade ou não da atuação do mesmo. O ponto de maior relevância é a constatação de que num País onde há problemas desse tipo, há um estado de ineficiência generalizada, a ponto de ser necessária a judicialização do problema.

Conforme leciona Saldanha⁷, a intervenção jurisdicional em questões relacionadas à garantia do mínimo existencial é legítima, já que o juiz não interferirá na política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicará a prioridade constitucional que merece atenção, atuando como um agente de mutação social. Para a autora, há então um *espaço normativo da dignidade* que diz respeito a um consenso mínimo e que pode ser objeto de controle jurisdicional, sem que isso desrespeite a independência entre os Poderes.

Resta claro que seria muito melhor se não fosse necessária a intervenção do Judiciário para efetivação do direito à saúde e que é legítima também a discussão em torno dos impactos orçamentários que a judicialização provoca. Todavia, em sendo necessária a intervenção, torna-se plenamente justificada, uma vez que o que se visa assegurar é o direito à saúde, corolário do direito à vida e um dos conteúdos da dignidade da pessoa humana.

Sob essa mesma perspectiva, Sarlet⁸ apresenta como solução a ponderação, compatibilização e harmonização dos bens em jogo no caso concreto, e conseqüentemente a

⁵BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.**[S.I.:s.n.] 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>

⁶Ibid., 2008.

⁷SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. **Revista acadêmica da ESMP.** Fortaleza, ano 1, n.1, ago./dez. 2009.

⁸SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** – Numero 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888.

necessidade de hierarquização dos princípios envolvidos, dentre eles o da proporcionalidade, de modo a fazer sobressair nas decisões os bens mais relevantes.

Em contrapartida, Carvalho, L.A e Carvalho, L.J⁹ ressaltam que o modelo garantido pelo acesso ilimitado ao Poder Judiciário, é ineficiente no que tange a assegurar-se vantagens coletivas, sugerindo nesse sentido a adoção de experiências diferentes, como por exemplo o fornecimento de meios para a produção de determinados insumos e não o seu fornecimento diretamente, de modo a evitar a superlitigação, o que colaboraria para a melhora no fornecimento administrativo. Em outras palavras, afirmam que a judicialização das demandas na área de saúde não é eficiente. Todavia, tal posicionamento seria louvável se não fosse a premente necessidade de correção da gestão das políticas públicas deficitárias, até bem porque trata-se muitas vezes da única via de proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade.

No que toca às complexidades relacionadas ao direito à saúde, mínimo existencial e as abordagens coletiva e abstrata feitas pelo Judiciário brasileiro, Barcelos¹⁰ defende que não há como se pensar em eficácia jurídica dos comandos constitucionais que tratam do direito à saúde sem se considerar que haveria para isso um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição.

Ocorre que na atualidade vive-se em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, o que torna as discussões sobre o direito às prestações de saúde um tema muito complexo no que tange à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

Segue defendendo a autora que os dispositivos constitucionais que tratam de vida e saúde buscam a tutela de um bem da vida que não é fácil de graduar, uma vez que não há como se delimitar um nível mínimo de saúde ou um nível mínimo de vida. Ou se faz um tratamento de saúde que é necessário e obtém-se a cura ou o indivíduo permanecerá doente ou morrerá. Nesta esteira, o que seria o mínimo para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula? Ou para alguém com câncer? Em um contexto de recursos escassos, como o Direito pretende lidar com essa circunstância?

Para Barcelos¹¹, é exatamente essa complexidade do tema que permite apenas se questionar a maior ou menor eficácia dos dispositivos constitucionais quando se parte das prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas,

⁹CARVALHO, Leonardo Arquimino; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da Superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

¹⁰BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

¹¹BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

até mesmo porque não há como prever quais serão os resultados finais que aquele determinado tratamento produzirá no paciente.

A segunda dificuldade relatada pela autora acima seria delimitar que prestações de saúde devem ser oferecidas pelo Poder Público afinal? Ou, de outra forma, a que prestações de saúde os indivíduos têm direito, ao menos nesse momento histórico, e, portanto, podem exigir? Isso porque novas prestações de saúde estão sempre surgindo e a custos cada vez maiores, o que torna inviável que um sistema público de saúde possa custear para todos os indivíduos todas as prestações disponíveis.

Segundo Barcelos¹², uma terceira dificuldade seria considerar a dificuldade que é para um magistrado negar, por exemplo, um transplante ou medicamento necessários ao tratamento de saúde de uma pessoa pelo fato de não estarem tais prestações compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição. Dessa forma não há como separar as convicções psicológicas e sociais dos magistrados ao decidirem questões tão delicadas, o que quer dizer nas palavras da autora:

Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Ainda sob esse mesmo viés, afirma a autora supracitada que problema maior reside no fato de ao imaginar-se que, através do Judiciário, no âmbito de ações individuais, toda e qualquer prestação de saúde pode ser obtida, cria-se um círculo vicioso em que, no fim, a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Nesse diapasão, Barcelos¹³ apresenta algumas tentativas de lidar com essas dificuldades por ela apresentadas, dentre aquelas a de tentar construir um mínimo existencial no que tange à saúde a partir de dois parâmetros: relação custo da prestação de saúde e benefício que proporciona (ex: vacinas em massa para prevenção de epidemias seriam vantajosas do ponto de vista da economicidade) e inclusão como prestação essencial daquelas que todos os indivíduos necessitam (ex: atendimento no parto e acompanhamento da criança

¹²BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008, p. 146.

¹³BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008, p. 146.

no pós-natal, saneamento básico e atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas e o controle de doenças típicas da terceira idade).

Interessante observar que esses dois parâmetros se harmonizam com as 4 prioridades estabelecidas pela Constituição para a área de saúde, quais sejam: a prestação do serviço de saneamento (artigos 23, IX; 198, II; e 200 IV); o atendimento materno-infantil (artigo 227, § 1, I); as ações de medicina preventiva (artigo. 198, II); e as ações de prevenção epidemiológica (artigo. 200, II).

Dentro desse contexto, Barcelos¹⁴ chama atenção para o cuidado que se deve ter com os princípios da razoabilidade, da economicidade e da isonomia no caso concreto. Isso porque não será razoável ou isonômico que o paciente que obteve tratamento, por força de decisão judicial, em instituição privada, disponha de condições de atendimento muito superiores relativamente àqueles que vêm sendo atendidos pelo serviço de saúde prestado pelo Poder Público. Também a escolha da instituição privada que atenderá o paciente-autor deverá observar o princípio isonômico e o da economicidade, de modo a evitar favorecimento de algumas instituições em detrimento de outras de mesmo padrão, bem como a opção por condições luxuosas (ou obviamente superiores ao padrão médio) à custa do erário público.

Outra tentativa apresentada por Barcelos¹⁵ é relacionada à possibilidade de tutela coletiva (para a defesa de direitos difusos ou coletivos) por meio dos controles coletivo e abstrato dos atos relacionados à prestações de saúde, como por exemplo por meio de ações diretas de inconstitucionalidade ou arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme a autora, a vantagem das ações coletivas em relação às individuais é que elas permitem um exame melhor do contexto das políticas públicas envolvidas, além de permitirem uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade (isto é, qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como titulares daquele bem ou serviço) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. Outra diferença relevante reside no âmbito de microjustiça (solução dos casos concretos) e macrojustiça (gerenciamento de recursos limitados para atender demandas ilimitadas). Nesta última, que acontece na tutela coletiva, há um exame da alocação de recursos e a definição de prioridades em caráter geral(ex: o dever de construir um posto de saúde), de modo que se possa favorecer maior parcela da população.

Barcelos¹⁶ de forma ponderada ainda ressalta que mesmo as prestações de saúde

¹⁴BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008, p. 146.

¹⁵Ibid., 2008.

¹⁶BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

concedidas judicialmente de forma isolada por meio de ações individuais devem ser reavaliadas de modo a abranger a coletividade, uma vez que o bem da vida é tão relevante, não sendo justo que pessoas morram ou não tenham a prestação adequada na rede pública de saúde pelo simples fato de não terem podido pleitear na Justiça os seus direitos.

Da mesma forma, a autora chama atenção para o fato de não ser menos importante o mínimo existencial ser definido em um determinado contexto histórico, considerando-se as possibilidades financeiras, econômicas e culturais da sociedade. Isto porque a sociedade está em constante mudança, seria difícil um magistrado mensurar em uma demanda individual a adaptação ou ampliação que seria necessária do conceito de mínimo existencial, faltando-lhe, por exemplo, informações sobre a expansão da capacidade financeira e econômica da sociedade ou a situação do atendimento, pelo país afora, das necessidades associadas ao conceito de mínimo existencial.

Conclui Barcelos¹⁷ que a efetivação do direito à saúde se localiza na fronteira tormentosa e pouco nítida entre o campo do Direito e o do processo político majoritário. É bem verdade que a implementação judicial desse direito envolve necessariamente uma diminuição da esfera de decisão política do Poder Público. Nada obstante, é igualmente correto que a promulgação de uma Constituição escrita e rígida já traduz um ideal de limitação do processo majoritário, bem como que a supremacia da Lei Fundamental não constitui apenas um artifício retórico.

Dentro ainda desse mesmo contexto, Sarlet¹⁸, defende a importância até mesmo do controle judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, em sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Sinaliza o autor que ocorre uma inversão hierárquica em termos jurídico-normativos e em termos axiológicos, ao se pretender bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de prioridades constitucionais relacionadas a direitos fundamentais. O autor trata ainda da necessidade até mesmo de um controle das decisões políticas quanto à alocação de recursos, de maneira a respeitar o controle social sobre a aplicação desses recursos alocados, o que está diretamente ligado a razão de existir de um Estado Democrático de Direito.

¹⁷Ibid., 2008.

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

Em acréscimo, relembra ainda Sarlet¹⁹ que o próprio princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º , XXXV da Constituição Federal) viabiliza o acesso ao Judiciário sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, ainda que veiculada por meio de falta de “políticas públicas”.

Importante mencionar também que, conforme Sarlet²⁰, não se pode pensar em mínimo existencial sem se pensar na técnica processual adequada de tutela dos direitos fundamentais. Com efeito, o mínimo existencial está sujeito à demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento. Acrescenta que a simples requisição médica atestando determinada doença e indicando um tratamento específico é passível de contestação, seja para indicar a desnecessidade daquele tratamento, seja para indicar outro tão eficiente quanto e menos dispendioso para os cofres públicos, beneficiando dessa forma outras pessoas que precisem do mesmo tratamento.

Sarlet²¹ destaca ainda que há que se considerar as diferenças entre pessoas com recursos suficientes para possuir um bom plano de saúde privado e aqueles que não o tem, isto porque vivemos numa sociedade amplamente desigual, no sentido de que o princípio da isonomia nesse contexto resguarda o direito de ser tratado de forma igual e não propriamente o direito a prestações iguais, pois a universalidade dos serviços de saúde não traz como corolário a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, assim como a integralidade do atendimento não significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita.

A despeito desse entendimento, defende o autor que há que se reconhecer direito subjetivo em casos de urgência, hipóteses em que a vida humana se encontra em risco iminente e exigindo providências imediatas.

Por outro lado, lembra Sarlet²² que não há como não se dar importância à reserva do possível, até mesmo porque ela envolve não só questões de ordem financeiro orçamentária, mas aspectos como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, dentre outros. Além disso, é relevante a exigência de capacidade de decisão específica (perícia) acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida. Por isso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial muitas vezes demanda um cuidado especial pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

²⁰Ibid., 2008.

²¹Ibid., 2008.

²²Ibid.,2008.

temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes.

Conforme se conclui das palavras de Sarlet²³, importa que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade sirvam de critério para as decisões judiciais, *verbis* :

[...]Com isso, não se está evidentemente a concordar com o entendimento de que não pode ser imposto ao Estado medicamento ou procedimento muito oneroso, da mesma forma como não se está a endossar decisões judiciais ou da doutrina que reconheçam apenas a possibilidade de exigir judicialmente do Estado o fornecimento de bens ou serviços previstos na legislação ou, como no caso dos medicamentos, em protocolos aprovados pelo Ministério da Saúde ou pelas Secretarias de Saúde dos Estados ou Municípios. Importa não olvidar que as exigências do mínimo existencial podem ser comuns a uma comunidade de pessoas, mas o remédio deve ser adequado ao mal específico de cada um e, de resto, ser adequado ao tratamento naquele caso, isto sem adentrar a questão da atualização periódica dos protocolos, entre tantos outros aspectos que poderiam ser colacionados.

Continua Sarlet²⁴:

[...] Nesse sentido, pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesmo deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente. Lembre-se que nem sempre o “novo” é sinônimo do melhor (mais eficiente e seguro para o próprio titular do direito à saúde e, por vezes, para a própria comunidade em que se insere), seja em termos de diretrizes terapêuticas, seja em termos orçamentários propriamente ditos. Sem dúvida não é razoável, ademais, a imposição de prestação de determinada “marca” de remédio, quando existente outra opção, similar em segurança e eficiência, mas de menor custo econômico, disponível no mercado e no próprio sistema público de saúde – isso para não mencionar a necessidade de indicar-se preferencialmente o princípio ativo, isto é, a denominação científica das substâncias prescritas e, sempre que possível, optar-se pelos medicamentos popularmente conhecidos como “genéricos”, desde que, convém repisar, assegurada a eficiência e segurança. Em sentido semelhante, sem prejuízo de outras implicações em termos éticos, a exigência de intervenções desnecessárias e/ou inúteis, como ocorre, em caráter ilustrativo, com exames e cirurgias que podem, com vantagens acima de tudo para a própria saúde da pessoa, ser substituídos por outras formas de diagnóstico e tratamento. Tudo

²³SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008 p. 222-223.

²⁴Ibid., 2008., p. 233.

isto, portanto, converge com a exortação já lançada no que diz com a necessidade de averiguação (e, portanto, produção de prova e sujeição ao contraditório) do que efetivamente representa o mínimo existencial em cada caso e qual a necessidade (não apenas financeira!) em dar atendimento ao pleito.

Conforme ainda Sarlet²⁵, um problema que tem ocorrido muito nas demandas judiciais é a pretensão de condenação do Estado à prestação de medicamentos e tratamentos não previamente elencados nas listas do sistema de saúde e normalmente indicados por médicos sem vínculo com esse sistema (médicos particulares). Dentro desse contexto, defende o autor que mesmo que o tratamento postulado não se inclua nas listas oficiais, o juiz deve assumir um papel mais ativo na condução da demanda, solicitando auxílio de profissionais especializados, a fim de certificar-se da eficiência do tratamento, de modo que deve haver prova científica robusta que embase a postulação, devendo a questão poder ser submetida até mesmo ao contraditório, sem prejuízo da concessão da tutela antecipada, caso necessária.

Ainda sobre a necessidade de repensar o papel do Judiciário, não se pode olvidar que o magistrado representa o Estado, devendo fiscalizar as provas trazidas aos autos, o cumprimento da decisão exarada por ele nos casos concretos relacionados ao sistema público de saúde, bem como as alegações das entidades quanto à negativa da prestação, inclusive quanto à alegação de comprometimento das contas públicas. Defende ainda que os pedidos administrativos feitos pelas partes envolvidas, feitos anteriormente à ação judicial são importantes, uma vez que a negativa da Administração quanto à prestação pode auxiliar o magistrado a concluir pela urgência da tutela requerida, ao passo que em não havendo o pedido administrativo, a entidade estatal teria esse atenuante para justificar a demora na concessão da referida prestação e salvaguarda da saúde da pessoa envolvida. Além disso, deve ainda o magistrado acompanhar se o beneficiário da prestação está fruindo da mesma por meio de solicitação de prestação de contas, como por exemplo a retirada de medicamentos concedida pelo Judiciário ou que a pessoa se mantém sob o tratamento de saúde pleiteado.

Molinaro; Sarlet²⁶, defendem que o argumento baseado única e exclusivamente no alto custo do tratamento/medicamento não é considerado pelo Supremo Tribunal Federal como motivo para o não deferimento da demanda na esfera do direito à saúde. Critério mais importante para concessão ou não de qualquer direito à prestação é o não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde. Se a prestação já esta prevista no Sistema Único de Saúde, não há interferência indevida do Judiciário na função de outros Poderes. Já

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008.

²⁶MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte .Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

no caso de o pedido estar fora daquilo previsto na política pública, deve-se alcançar um equilíbrio entre objeto do pedido com a capacidade do sistema de saúde de arcar com as despesas da parte, não se olvidando que há despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

Conforme ainda os autores acima, a postura atual do Judiciário, no que tange à legitimidade em apreciar e determinar a implantação de políticas públicas decorrentes de ações civis públicas não representa inserção, nem rompe com os princípios do Estado Democrático de Direito e da Separação dos Poderes, pois, não se está criando novas políticas - usurpando função característica da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo -, na realidade, está simplesmente cumprindo com o ideal contido no dispositivo constitucional que assegura o direito à saúde a todos os cidadãos.

Por fim, Molinaro; Sarlet²⁷ destacam, *verbis*:

[...]São os direitos que têm custos, ou é o custo uma consequência do cumprimento dos deveres do Estado? [...] É certo que vivemos em um Estado onde há escassez de recursos mas a mesma não justifica a escolha de qual direito deva ser atendido. Na realidade, não há escassez quando há responsabilidade social. A escassez começa onde a ausência de solidariedade impera. [...]O grande bem: a liberdade (ou mesmo a vida), não pode ter custo financeiro, embora tenha custo econômico, mas suprimir a liberdade (ou fazer cessar a vida) pode ter um custo financeiro e econômico importante. [...]A exigência da ação positiva do Estado que representa um custo considerável não pode ser tributada aos direitos, pois em assim sendo seria a própria negação da existência do Estado.

[...]Em economias como a nossa é perverso atribuir custos aos direitos sociais, argüir com o princípio da reserva do possível e demais limitações a efetividade dos direitos fundamentais. Porque não se proclamam os custos que envolvem as políticas financeiras do Estado?O desproporcionado pagamento de juros que sufoca os cofres do erário?Aí sim poderíamos falar da “reserva do possível”. O direito à saúde envolve sim, a alocação de recursos financeiros de alta monta. Agora, tal deve servir de critério para traçar os limites da atividade jurisdicional? Ficaria a jurisdição manietada (ou pior, mutilada) com a alegação do Estado de não dispor de recursos financeiros para satisfazer legítima prestação constitucional, nada obstante estar satisfazendo outros interesses sequer fundamentais (...)Não tem aí o poder-dever-função jurisdicional que exercer efetivo controle da aplicação dos recursos obtidos pelo adimplemento do dever cidadão de pagar tributos? Portanto, os limites para o exercício da atividade jurisdicional, em sede de direitos fundamentais, devem ser demarcados a partir do valor dignidade, dignidade atribuída ao humano. Suas variáveis devem ser objeto do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) a iluminar o princípio da máxima concretização de preceito constitucional, ademais de atender ao núcleo essencial do direito à saúde (vida humana com dignidade).

Como ao direito à saúde corresponde um dever do Estado, dever

²⁷ MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte .Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011 p. 78-80.

constitucional, o Estado, ao negar a proteção perseguida, omite-se em garantir o direito fundamental à saúde, e, agindo assim, humilha a cidadania, descumpra o seu dever e assume uma prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. Logo, as decisões judiciais que ordenam a Administração Pública a dar continuidade ao tratamento médico ou ao fornecimento de medicamentos são totalmente balizadas pela Constituição Federal Brasileira. Todo o ordenamento jurídico brasileiro está iluminado pelo valor “dignidade”, emprestado ao humano (artigo 1º III da CF/1988). Ao postular-se por uma efetiva política jurisdicional não se está postulando pela sobreposição de poder-função, antes se proclama a supremacia da Constituição. Não estamos propugnando a eliminação do princípio da legalidade, antes o ampliando, pois uma praxis constitucional comprometida e adequada à concretização dos direitos fundamentais sociais exige o cumprimento do direito objetivo vigente, com a efetiva constitucionalidade de todos os atos estatais.

Destarte, reforçam os autores acima o argumento perfilhado pela maioria dos autores até aqui, no sentido de que a questão vai muito além de se delimitar a legitimidade ou não da intervenção do Judiciário na tutela da efetividade e eficácia de direitos fundamentais. Mais importante é pensar no papel constitucional do Judiciário de resguardar esses mesmos direitos em caso de omissão dos demais Poderes. Se assim não fosse, como bem ressaltaram os autores, não haveria razão de existir ao Estado, ou até mesmo para a consagração na Constituição, enquanto direitos fundamentais, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à saúde.

3.2) ALGUMAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DO TEMA

Foram selecionadas decisões importantes de Tribunais, bem como das Turmas de Julgamento e do Pleno tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, que embasaram a determinação de repercussão geral sobre o tema do direito à saúde, sendo selecionadas algumas das mais relevantes, cujo critério de seleção adotado foi as que abordassem mínimo existencial e direito à saúde em contrapartida à reserva do financeiramente possível, e também a relevância e legitimidade da atuação jurisdicional na concretização da eficácia e efetividade do direito à saúde.

Conforme Molinaro; Sarlet²⁸, o Judiciário brasileiro tem se posicionado, majoritariamente, no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde, quando contrastado pela alegação dos limites orçamentários do Estado.

A título de exemplo do acima relatado, sabe-se que há copiosa jurisprudência, citando-se desde decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Relatoria do Desembargador Sérgio Paladino (na qual se entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, é suficiente para ordenar ao

²⁸MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/201.

Estado, liminarmente, o custeio de tratamento (experimental), nos EUA, de menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de U\$ 163.000,00, de modo que “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, passando pela decisão do Supremo Tribunal Federal, na STA 175, julgada em 2010, de relatoria do ministro Gilmar Mendes (que deferiu tratamento, ao custo de R\$ 52.000,00 mensais, não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, a jovem portadora de doença neurodegenerativa rara Niemann-Pick Tipo C), dentro outros casos relevantes.

Sob essa mesma perspectiva, no RE 716777 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello²⁹, acórdão de extrema relevância ao assunto, refletiu-se sobre a ponderação entre os direitos constitucionais à saúde e a reserva do possível, chegando a Corte a conclusão de que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (art. 5º, “caput” e art. 196) ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, por razões de ordem ético-jurídica, cabe ao julgador apenas a opção pelo respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Sob outro viés, no SL 47- AgR/P³⁰, o ministro Gilmar Mendes, então relator, defendeu que na maioria dos casos em que o Judiciário intervém, esta não ocorre em virtude de omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção da saúde, mas tendo em vista necessária determinação judicial para cumprimento das já existentes. Portanto, não há que se cogitar de intervenção do Judiciário na seara de outros Poderes, ou seja, de judicialização.

No que tange ainda às políticas públicas voltadas à saúde e adentrando já no mérito da reserva do financeiramente possível, o STJ no RMS 11.183/PR³¹ de Relatoria do Ministro José Delgado, perfilhou o entendimento de que as políticas públicas que devem ser providas pelo Estado devem objetivar o acesso universal e igualitário às ações e serviços do governo, para que a saúde da população seja promovida, protegida e recuperada. Tanto a promoção quanto a proteção dependem de que sejam recuperados os instrumentos de atuação do Estado, assim como da elaboração de uma estratégia para a recuperação de doentes.

Citando o entendimento do mestre José Cretella Junior³², o relator afirma que nenhum bem da vida apresenta melhor o interesse social e individual, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da harmonia dos elementos que constituem o organismo

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 716.777 – AgR/RS. Agravante: União. Agravado: Celia de Souza Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47 AgR/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União, Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina. Relator Ministro Gilmar Mendes.

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 11.183/PR. Recorrente: Carmem Lucia Fernandes Miguel. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro José Delgado.

³²Comentários à Constituição de 1988 (Ed. Forense Universitária, 2ª Ed. Vol. VIII, 1993).

humano e o seu funcionamento. Saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença constitui não só a negação de todos esses bens, como também representa perigo para a própria vida do indivíduo.

Além disso, segue defendendo o relator que há que se ter em mente que pessoas doentes representam ônus e perigo contínuo para a sociedade, no sentido de não trazerem nenhuma contribuição de trabalho e exigirem cuidados que podem comprometer meios econômicos, podem causar a propagação da doença a outros. Comprovado está, portanto, o *periculum in mora*, tendo em vista que a omissão ou a não prestação dos cuidados necessários (ex: fornecimento de medicamentos) em determinados casos pode ocasionar a letalidade e tornar ineficaz a prestação jurisdicional.

Basta que se considere os princípios da universalidade e da distributividade, resguardados pelo Constituinte para que se rechace os argumentos ligados à reserva do financeiramente possível ou separação dos Poderes. Dessa forma, a intervenção do Judiciário nada mais faria senão permitir a interpretação e aplicação desses e outros princípios constitucionais relacionados à seguridade social.

Desnecessários quaisquer comentários sobre o caráter programático e a eficácia imediata dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, isto porque nada pode se sobrepor ao princípio maior de que “ a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Nesse sentido é imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que os princípios conduzam à preservação da vida.

Decidiu-se ainda que não procedem os argumentos apresentados pelo Estado de que custear o tratamento do caso em tela (fornecimento de medicamento para Esclerose lateral Amiotrófica) causaria desestabilização do Estado de Direito; quebra orçamentária, anarquia dos Poderes ou falência institucional.

Ainda sob esse mesmo viés, na ADPF 45/DF³³ de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que propôs a ação contra veto do artigo 59 da Lei 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), o qual se preocupou em delimitar o que são ações e serviços públicos de saúde para fins de que se estabelecesse recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, ou seja, a presente ADPF ao condenar o veto de artigo que previa a destinação desses recursos às políticas de saúde, tinha como objetivo viabilizar a concretização das mesmas, que são previstas em sede constitucional, tal como na EC 29/2000. Na referida decisão, perfilhou o relator a posição de Ana Paula de Barcellos, qual seja:

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira . Arguido: Presidente da República . Relator: Ministro Celso de Mello.

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.³⁴

Ainda conforme o entendimento do STF nesse julgado, vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da "reserva do possível" ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas Joaquim Krell, trazidas pelo relator:

A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação [...]'.
[...]Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um

³⁴A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 245-246, 2002, Renovar.

cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.³⁵

Para reforçar esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal de que é legítima a intervenção do Judiciário, no AI 597.182 - AgR/RS³⁶, de relatoria do Ministro Cesar Peluso, defendeu-se a possibilidade de determinação, por juiz, do bloqueio de verbas públicas para assegurar o atendimento médico urgente a paciente necessitado, com o fornecimento de medicamentos e serviços, medida justificada pela relevância dos bens jurídicos envolvidos (saúde e vida). Não cabe se questionar a violação ao § 2º do artigo 100 da Carta Magna (quebra da ordem cronológica de pagamento dos precatórios expedidos), pois trata-se de bloqueio de verbas como meio coercitivo para que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos a quem deles necessita seja efetivamente cumprida, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde (art. 196 da Constituição Federal), podendo a demora resultar na inutilidade do provimento jurisdicional.

Na Pet 1246 AgR/SC³⁷, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, foi defendida a posição do magistrado no caso de origem, no sentido de que se custeasse o tratamento por transplante nos EUA de um menor com distrofia muscular de Duchene, apesar de o Estado de Santa Catarina recusar-se a fazê-lo, tendo em vista argumentos de ordem ético-jurídica, no sentido de que o direito à vida é inalienável e inviolável, sendo portanto mais relevante que qualquer interesse financeiro ou secundário do Estado.

O relator considerou a decisão do magistrado no caso em tela repleta de solidariedade ao direito à vida de um menor desprovido de recursos para custear o único tratamento capaz de salvá-lo de morte inevitável.

Já no RE 393.175-AgR/RS³⁸, de relatoria do Min. Celso de Mello, caso em que foi considerada legítima a assistência fármaco-terapêutica a pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, em respeito ao previsto nos artigos 5º caput e 196 da Constituição Federal, concluiu-se que a interpretação de norma de caráter programático, qual seja, o artigo 196 da Constituição Federal, não autoriza a sua conversão em promessa constitucional inconstante, sob pena de fraude quanto às expectativas depositadas no Poder Público pela coletividade, pois o Estado estaria se furtando de cumprir dever impostergável e o substituindo por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Constituição.

³⁵Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, p. 22-23, 2002, Fabris.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 597.182 – AgR/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator: Ministro Cesar Peluso.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 1246 AgR/SC. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393.175-AgR/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Ministro Celso de Mello.

O Ministro relator ressaltou ainda que o caráter de essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (art. 197 da CF), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, nas hipóteses em que os órgãos estatais frustrem a eficácia social desse direito.

Em outra decisão do Supremo Tribunal Federal, a ADI 1.484/DF³⁹, Rel. Min. Celso de Mello, que foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT), objetivando a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial dos Poderes Executivo e Legislativo referente a Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, concluiu-se que a inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas.

Apesar de não tratar o caso de direito à saúde, já há posições defendendo a tutela deste direito por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como neste acórdão, em casos em que a mesma ocorra. Entendeu-se que as situações configuradoras de omissão inconstitucional (ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política) refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do magistério doutrinário de Anna Cândida da Cunha Ferraz, *verbis*:

A inércia caracteriza-se pela não aplicação intencional, provisória mas prolongada, das disposições constitucionais pelos poderes incumbidos de lhes dar cumprimento e execução. Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. Afeta, também, o sentido da Constituição.⁴⁰

Acrescenta o relator que Cabe referir, no ponto, em face de sua inquestionável atualidade, o autorizado magistério de Pontes de Miranda⁴¹, cuja lição contém grave advertência, que, por ninguém, pode ser ignorada: "Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos - o que é pior [...]".

Também reflete o relator sobre os ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz, em precisa análise dos graves efeitos decorrentes da inércia do Estado, no plano constitucional:

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.484/DF Partes: Partido Democrático Trabalhista, Partido dos Trabalhadores, Presidente da República e Congresso nacional. Relator: Ministro . Celso de Mello.

⁴⁰Processos Informais de Mudança da Consituição, p. 230-232, item n. 5, 1986, Max Limonad

⁴¹Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, tomo I/15-16, 2ª ed, 1970, RT.

A Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada (...). E, com efeito, se se aceita a Constituição como obra de compromisso posta pelos constituintes no exercício do Poder Constituinte Originário, que lhes é conferido pelo povo, é de se esperar que a Constituição escrita seja aplicada plenamente, em especial pelos detentores dos poderes constituídos - Legislativo, Executivo e Judiciário - que, em regra, são titulados, pelo Constituinte, guardiães da Constituição.⁴²

Segue o relator afirmando que o desprestígio da Constituição (por inércia de órgãos meramente constituídos) representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. Essa constatação, feita por Karl Loenstein⁴³, coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 811608/RS⁴⁴, de relatoria do Ministro Luiz Fux, apesar de não possuir competência para reverter o julgado a quo, relacionado a direito à saúde do índio, atribuição originária do Supremo Tribunal Federal, debruçou-se sobre o entendimento no sentido de que deve o Estado ao exercer sua missão constitucional orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de modo que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe atribua maior eficácia. Esse princípio é válido para toda e qualquer norma constitucional, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais. Nesse sentido, não se poderia dizer que o preceito constitucional constituiria *lex imperfecta* a demandar complementação ordinária. Diga-se o direito subjetivo ao mínimo existencial já possui a eficácia emanada da norma constitucional e mais, o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal constitui “um plus” agregado às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que tem por finalidade ressaltar sua aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer medida concretizadora. Ainda, se aos direitos fundamentais não for atribuída essa condição “privilegiada”, perderiam sua própria fundamentalidade. Refletiu-se que a meta da Carta magna é a promoção do bem-estar do homem, de sua dignidade, que inclui proteção dos direitos individuais e as condições materiais mínimas de existência, os quais devem ser prioridade para os gastos públicos.

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux no julgamento desse mesmo recurso, pronunciou-se no sentido de que a escassez de recursos públicos tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, o que favoreceu o surgimento do conceito de reserva

⁴²Processos Informais de Mudança da Constituição, p. 217-218, item n. 5, 1986, Max Limonad

⁴³Teoria de la Constitución", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 811608/RS. Recorrente:Fundação Nacional do Índio FUNAI e outro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Luiz Fux.

do financeiramente possível. Porém, isso não desobriga o administrador de adimplir promessas constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais.

Tamanha é a relevância do tema relativo ao direito à saúde e a importância da intervenção jurisdicional que a Suprema Corte atribuiu ao mesmo repercussão geral, tendo em vista haver diversos julgados, como por exemplo no Informativo 579⁴⁵, (neste o STA 175 AgR/CE) que abordam a situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público nos casos em que não se implementassem as políticas públicas voltadas à saúde. Refletiu-se sobre a existência de dimensão política da jurisdição constitucional da Suprema Corte, devendo a mesma intervir sim no que toca ao que chamaram de *violação negativa do estatuto constitucional*, motivada pela inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, como a implementação das políticas públicas de saúde.

Ainda no referido acórdão, discutiu-se a legitimidade da intervenção judicial no que tange à cláusula da “reserva do possível”, cabendo ao Poder Judiciário intervir na atuação do Estado em caso de omissão dolosa do cumprimento dos deveres constitucionais, uma vez que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível e é indissociável do direito à vida, sendo assegurada à generalidade das pessoas pela própria Carta Magna.

Definiu-se que ainda que haja recessões e crises econômicas que pudessem em tese justificar a aplicação dos recursos disponíveis em outras áreas que não a saúde, haveria algo mais importante ligado ao próprio princípio da democracia, que seria a proibição do retrocesso social. Com isso, quer dizer-se que os direitos sociais (ex: saúde), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, fazendo parte do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

No STA 175 AgR/CE⁴⁶, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, abordado nesse Informativo 579 da Suprema Corte por sua relevância, o Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 579. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo579.htm>

⁴⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará.

possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Tal medicamento não consta dos Protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, porém foi considerado essencial por laudo médico fornecido pela Rede Sarah de Hospitais. No acórdão definiu-se que não reconhecer o direito à saúde como direito subjetivo seria retirar-lhe a eficácia e fragilizar a própria força normativa da Constituição.

Tratou o acórdão também da judicialização do direito à saúde, a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de direito à saúde e reforçou o argumento de que pelo menos no que tange ao mínimo existencial não há como não ser legítima e necessária a intervenção do Judiciário, afirmando o relator ser uma forma de exercício da cidadania.

Defenderam ainda os ministros o entendimento, aqui já explicitado, no sentido de que tendo em vista a escassez dos recursos, deve-se invariavelmente fazer escolhas alocativas, por meio de critério de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), o que inevitavelmente seriam “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. Trágicas porque há de um lado a necessidade de o Estado tornar concretas as prestações em favor das pessoas e de outro as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre escassos. Ou seja, a política pública deve levar em consideração o número de cidadãos atingidos, a efetividade e eficácia do serviço e a maximização dos resultados.

Refletiu-se também sobre a impossibilidade de o Judiciário analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte envolvida na demanda, sendo impossível não ocorrer prejuízo para o todo.

Em audiência pública, cujas discussões foram trazidas ao referido acórdão acima, concluiu-se que não há interferência do Judiciário em outros Poderes pois ao decidir apenas determina o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Além disso, o juiz ao decidir, sempre com base em fase instrutória, deve privilegiar o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), sempre que não comprovada a ineficácia da política de saúde existente.

Por fim, no Ag. REG. no RE 581.352/AM⁴⁷, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, decidiu-se que excepcionalmente, o Poder Judiciário pode intervir para assegurar direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação à separação dos Poderes, sob a justificativa de que a dimensão política da jurisdição constitucional da Suprema Corte permite à mesma tornar efetivos os direitos sociais, caso contrário haveria violação negativa da Constituição, motivada por inércia governamental no

⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581.352 AgR /AM. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello.

adimplemento das prestações positivas impostas ao Poder Público.

Trata-se a questão de enfatizar o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de *índole social*. Para reforçar tal argumento, na decisão citou-se a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁴⁸ de que a atuação do administrador público está vinculada às políticas públicas constitucionais, sendo a discricionariedade mínima, cabendo ao Judiciário controlar a legitimidade dos atos administrativos omissivos ou comissivos.

Ainda conforme o acórdão supracitado, a cláusula da reserva do financeiramente possível só poderia ser invocada em caso de ocorrência de justo motivo *objetivamente aferível*. Tudo isso tendo em vista cuidar-se a proteção à saúde de uma questão de solidariedade social, devendo o Poder público, por razões de ordem ético-jurídica, **qualquer** que seja a dimensão institucional zelar para a efetividade e eficácia desse direito e consequentemente do direito à vida.

Por fim, tratam os ministros, no acórdão, do *princípio da proibição do retrocesso* em tema de direitos fundamentais sociais, ressaltando que esse princípio impede que os níveis de concretização do direitos sociais venham a ser reduzidos, até mesmo por uma questão de democracia econômica e social. Na realidade, os direitos sociais constituem, após atingir um certo grau de realização, uma garantia institucional e um direito subjetivo, considerados assim para que se impeça a violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, o Estado tem o dever não só de criar e implementar as políticas públicas relacionadas aos direito sociais (obrigação positiva), mas também de não abolir as conquistas já alcançadas (obrigação negativa).

No REsp 1.068.731 / RS⁴⁹, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, decidiu-se que a falta de leitos de UTI em um Município do Rio Grande do Sul viola o direito à saúde e o mínimo existencial de toda a população local, cuidando-se de direito difuso a ser protegido. A reserva do possível não é uma “carta de alforria” para o administrador insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que não poderia justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. Há que se prestar atenção se por trás da recusa do administrador em atender demanda por saúde não está interesse particular .

O REsp 1.198.486 – DF ⁵⁰, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, trata na

⁴⁸Políticas Públicas – A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad.

⁴⁹BRASIL. Superior tribunal de Justiça. REsp 1.068.731 / RS . Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin.

⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.198.486 – DF. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Juarez

origem de ação de obrigação de fazer, na qual a parte demandante requereu ao Distrito Federal garantia de internação em unidade de tratamento intensivo, sendo deferido o pedido para assegurar leito no Hospital das Clínicas de Brasília, antigo HGO. Falecendo a autora, os seus herdeiros requereram a habilitação no feito, pedido deferido pelas instâncias ordinárias. Pediam as partes que o Distrito Federal arcasse com os custos da internação em hospital particular da falecida, tendo em vista não haver vaga para internação da mesma em hospital público na ocasião. Decidiu-se que o Distrito Federal deveria arcar com os custos de internação em hospital particular, embora tivesse o Distrito Federal alegado perda do objeto quanto ao pedido de internação devido ao óbito da autora. Além disso alegaram ser o direito a saúde intransmissível, do que não poderiam os herdeiros pleitear. O argumento apresentado pela relatora foi o de que a saúde é direito de todos, cabendo aos Estado assegurar os meios necessários para tanto, não podendo este se valer da via judicial para impedir que os recorrentes (herdeiros) possam pleitear o direito à dispensa do pagamento do tratamento.

No mesmo sentido, no REsp 865.901/RS⁵¹, refletiu-se que o direito à saúde e à vida tem natureza de interesse indisponível, o que levou a entenderem que o Estado deveria arcar com os custos de internação de um menor em UTI Neonatal particular, tendo em vista a necessidade por se tratar de um parto de risco e não haver vaga na rede pública. Reforçou-se ainda a tese de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública nesses casos, devido a serem interesses individuais indisponíveis e não tutela de direitos individuais homogêneos.

Ressaltou-se, para lembrar que a saúde é direito indisponível, que o artigo 227 da Constituição assevera que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde (...), à dignidade, (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Gomes do Carmo e outros. Relator: Ministra Eliana Calmon.

⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 865.901/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki.

CONCLUSÃO

O objetivo principal deste trabalho era acima de tudo demonstrar a importância do direito à saúde enquanto direito fundamental constitucional e conseqüentemente a relevância e legitimidade da intervenção jurisdicional quando há violação do conteúdo essencial pelo Poder Executivo.

Para tanto, o primeiro capítulo explicitou que seria inviolável o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, bem como tratou das dimensões dos direitos sociais, dentre elas a positiva, mais relevante para o objeto do presente trabalho, a fim de relacioná-la ao aspecto econômico dos direitos sociais e conseqüentemente à reserva do financeiramente possível.

A importância desse viés econômico está em que este influencia diretamente na garantia de efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais, porém, apesar disso, não seria desnaturada a característica de direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, devendo, portanto, o conteúdo essencial, a ponderação dos bens e a proporcionalidade serem os mecanismos norteadores para a realização deles.

No segundo capítulo pretendeu-se demonstrar a enorme importância do direito à saúde, uma vez que, como demonstrado ao longo do trabalho, mais do que um direito fundamental constitucional objetivo e subjetivo, trata-se de um dever do Estado e dos particulares. Nesse sentido, depreende-se que a Constituição Federal não faz diferença entre os legitimados a protegê-lo, apenas afirma que ao Estado compete o dever de sua proteção e, sendo assim, legítima é a intervenção do Judiciário em casos de descumprimento desse dever institucional seja por quem for.

Outrossim, a reserva do financeiramente possível nada mais trata senão da obrigação do Estado de alocar os recursos disponíveis de forma a atender necessidades vitais, dentre elas a saúde. Dessa forma, pode-se concluir que essa premissa constitucional não pode servir como único limitador ao cumprimento do dever de prestação assistencial por parte do Estado, salvo se em questão outro direito fundamental tão ou mais relevante que a saúde.

Tamanha é a relevância desse direito fundamental que há autores que defendem ser o mesmo inseparável do mínimo existencial e como tal, assim como o direito à vida e a dignidade humana, obrigação prioritária do Estado. Nesse sentido, se mínimo existencial, a saúde não se sujeita a reserva do possível, ou seja, não se sujeitaria ao orçamento público, devendo ser separada dos demais direitos sociais, o que faz toda diferença, pois isso legitimaria ainda mais a intervenção do Judiciário nas causas, pois não se cuidaria em absoluto de direito submetido à discricionariedade do Executivo, por exemplo.

Em suma, o que se buscou demonstrar nesse capítulo foi que mais importante do que qualquer outra discussão, trata-se o direito à saúde de uma previsão constitucional essencial e como tal merecedora de respeito por todos e por si só serviria como limitador do poder de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, sob pena de desnaturalização desse direito fundamental e violação até mesmo à força normativa da Constituição.

No terceiro capítulo, foram trazidos entendimentos doutrinários que concordam ser difícil estabelecer um limite para atuação legítima do Judiciário na concretização de um equilíbrio entre a garantia da eficácia e efetividade do direito à saúde e o respeito à reserva do financeiramente possível, sem correr o risco de adentrar em seara de outros Poderes também envolvidos na tutela do direito à saúde. Apesar disso, demonstrou-se, por meio desses entendimentos e das decisões judiciais trazidas, que não há que se afirmar que há interferência do Judiciário no que diz respeito às políticas públicas de saúde, mas apenas de indicar a prioridade constitucional nos casos em tela.

Concordam ainda os estudiosos do assunto que há algumas peculiaridades a serem observadas no que tange ao tema do direito à saúde, como a dificuldade em se alcançar a eficácia devida na prestação assistencial pelo Estado, e aqui se incluem as decisões do Judiciário, uma vez que não há como se delimitar um nível de saúde mínimo, sem correr o risco de interferir diretamente no nível mínimo de vida ou na dignidade humana.

Outro cuidado que se pode extrair dos entendimentos aqui espostos é com o argumento da reserva do possível enquanto limitador do direito à saúde. Isso porque se deve evitar uma inversão axiológica, no sentido de se supervalorizar a legislação orçamentária em detrimento de outras prioridades constitucionais, como é o direito à saúde. Dessa forma, conclui-se que até mesmo aqui o Judiciário deve exercer um papel fundamental, qual seja, o controle das decisões políticas da alocação de recursos, isso porque não se pode tributar aos direitos o ônus pelo custo que geram ao Estado por obrigá-lo a uma prestação positiva em âmbito de direitos fundamentais, sob pena de se desrespeitar a cidadania, a vida, a dignidade humana e a supremacia da Constituição.

Ademais, pelo exposto nas decisões aqui colacionadas, pode-se concluir que defendem a garantia de máxima eficácia ao direito à saúde, em contrapartida aos limites orçamentários do Estado, por diversas razões, dentre elas: ético-jurídicas, no sentido de que entre a inviolabilidade do direito à vida e à saúde e a escassez de recursos, deve prevalecer aquela, devendo o Estado respeitar os alvos prioritários dos gastos, para depois pensar em investir recursos remanescentes em demais políticas públicas; respeito à máxima efetividade, à força normativa da Constituição, a valores como dignidade humana e vida bem como à

vedação ao retrocesso social.

Por outro lado, doutrina e jurisprudência concordam que o tema é delicado e merece um cuidado especial, no sentido de ser necessário, caso a caso, ponderar princípios e direitos constitucionais para que se alcancem decisões mais acertadas e que privilegiem o alcance da chamada “justiça social”.

BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS , Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>> . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva : direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf> . Acesso em 22 de julho de 2013.

CARVALHO, Leonardo Arquimino; CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Riscos da Superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>> . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **BDJur**, Brasília, DF, 24 mar. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16694>> . Acesso em 22 de julho de 2013.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE , Lilian Márcia Balmant Emerique. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII , nº 9 – Dezembro de 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24670/principio_dignidade_pessoa_humana.pdf?sequence=1> . Acesso em 22 de outubro de 2013.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em 20 de outubro de 2013.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999 . Disponível em: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf> . Acesso em 04 de dezembro de 2013.

LOPES, Ana Maria D'Avila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a 41 n.164 out/dez. 2004. Disponível em : <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/09/A-garantia-do-conte%C3%BAdo-....pdf>> . Acesso em : 04 de dezembro de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO , Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. e atual . São Paulo: Saraiva, 2008.

MOLINARO, Carlos Alberto ; SARLET, Ingo Wolfgang. Democracia- Separação de poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro – **Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte .Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. Disponível em : <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/democracia_-_separacao_de_poderes_eficacia_e_efetividade_do_direito_a_saude_no_judiciario_brasileiro.pdf> . Acesso em 06 de janeiro de 2014.

SALDANHA, Ana Claudia. A interpretação constitucional dos direitos sociais e o mínimo existencial. **Revista acadêmica da ESMP**. Fortaleza, ano 1, n.1, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/intrepretacao.constitucional.dos.direitos.sociais.pdf>> . Acesso em 20 de outubro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I – vol. I – nº 1 abril de 2001. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em 04 de dezembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez.2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo , eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** – Numero 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil – ISSN 1981-1888. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. Direito à saúde, mínimo existencial e a defensoria pública. **Revista da Defensoria Pública** – Ano 1 – n. 1 – jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%202.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

Decisões judiciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 11.183/PR. Recorrente: Carmem Lucia Fernandes Miguel. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900838840&dt_publicacao=04/09/2000 . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 811608/RS. Recorrente:Fundação Nacional do Índio FUNAI e outro. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600123528&dt_publicacao=04/06/2007>. Acesso em : 06 de janeiro de 2014.

BRASIL. Superior tribunal de Justiça. REsp 1.068.731 / RS . Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro

Herman Benjamin . Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1038100&sReg=200801379303&sData=20120308&formato=PDF . Acesso em: 09 de janeiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.198.486 – DF. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Juarez Gomes do Carmo e outros. Relator: Ministra Eliana Calmon. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=995370&sReg=201001131210&sData=20100830&formato=PDF. Acesso em: 08 de janeiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 865.901/RS . Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=667223&sReg=200601602938&sData=20061214&formato=PDF . Acesso em: 08 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira .Arguido: Presidente da República . Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf > . Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 597.182 – AgR/RS. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Elvira Alves. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390282> > . Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 1246 AgR/SC. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: João Batista Gonçalves Cordeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774> > . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 581.352 AgR /AM. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100> >. Acesso em 10 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA-AgR 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255> >. Acesso em 07 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.484/DF Partes: Partido Democrático Trabalhista, Partido dos Trabalhadores, Presidente da República e Congresso nacional. Relator: Ministro Celso de Mello – Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf> > . Acesso em em 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 273834 AgR/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335790>> . Acesso em 05 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. RE 393.175-AgR/RS . Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Ministro Celso de Mello .Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>> . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 579. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo579.htm>> . Acesso em: 22 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 716.777 – AgR/RS. Agravante: União. Agravado: Celia de Souza Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello . Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796664>> . Acesso em 23 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 47 AgR/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União, Ministério Público Federal , Ministerio Público do Estado de Pernambuco e Municipio de Petrolina. Relator: Ministro Gilmar Mendes . Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>> . Acesso em 05 de janeiro de 2014.

Referências Legislativas

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

BRASIL. Ministério da Justiça .Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948.[S.I.:s.n.] Objetiva o respeito aos direitos humanos e adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos. Artigo XXV. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2013.