

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**JEDERSON SUZIN**

**A implementação do direito à saúde: a legitimidade do Judiciário e seus limites**

**CURITIBA**

**2012**

**JEDERSON SUZIN**

**A implementação do direito à saúde: a legitimidade do Judiciário e seus limites**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, pelo programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil,

**Área de concentração:** Direitos Fundamentais e Democracia

**Orientador:** Prof. Dr. Paulo Schier

**CURITIBA  
2012**

## TERMO DE APROVAÇÃO

JEDERSON SUZIN

A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO E SEUS LIMITES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, pelo programa de Pós-Graduação das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

---

Prof. Dr. Paulo Schier  
Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

Membros:

---

Prof. Dr. Sandro Marcelo Kozikoski  
Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

---

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

Curitiba, 20 de janeiro de 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela minha existência. A Ele tudo devo.

Agradeço à minha família, pela constante motivação e alegria deste existir.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Paulo Schier. Este trabalho decorre fundamentalmente de sua dedicação.

“(...). É o bem mínimo, que jamais bastou para a felicidade, nem mesmo para a alegria e, no entanto, o mais precioso, já que todos os outros o supõem. A sabedoria? Ela supõe a saúde mental e não poderia garanti-la. Um vírus ou um tumor pode deixar louco o maior dos sábios. É por isso que a saúde é mais preciosa que a sabedoria, sem, no entanto, bastar-lhe; é por isso que a medicina é mais preciosa que a filosofia, sem, no entanto, tomar o seu lugar”  
(André Comte-Sponville)

## RESUMO

A Constituição de 1988 traçou uma nova realidade para a sociedade brasileira: uma realidade cujos valores estão voltados sobretudo à proteção do ser humano, assumindo, outrossim, roupagem constitucional que irradia efeitos vinculadores para toda ordem jurídica. Os poderes constituídos, por conta disso, a este formado estão sujeitos e a democracia, não mais vista como governo da maioria, consolida-se a partir da noção de cidadãos dotados de capacidade para o exercício de suas liberdades, capacidade esta que se materializa fundamentalmente através da concreção dos direitos sociais. Neste cenário, uma postura judicial mais ativa começa-se a revelar e, a despeito das críticas direcionadas a tal proceder, não há como se fugir da concepção de responsabilidade social compartilhada, onde todos, inclusive o Judiciário, são co-participes no processo de transformação social. O direito à saúde, nesta realidade, assume relevância ímpar e, para sua garantia, inundam-se ações no Poder Judiciário que se vê, até mesmo por imperativo constitucional, obrigado à tutelá-los. A fixação de parâmetros de racionalidade para estas respostas, entretanto, erige-se como condição de reforço à legitimação judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal de 1988. Direito fundamental à saúde. Ativismo Judicial. Parâmetros de atuação.

## ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution of Brazil has drawn a new perspective for Brazilian society, in which values are primarily focused on the protection of fundamental human rights and have a binding effect on the national legal order. As a result, constituted power is subject to this logic and democracy is defined by the notion that citizens are ought to be able to exercise their liberties, mainly through the provision of social welfare rights. In this context, even though somewhat controversial, a stronger form of judicial review is brought to light and so is the conception of shared social responsibility, by which the author reflects on the inexorability of the participation of the judiciary in the process of social transformation. With this background, the author points out that the right to healthcare has assumed great importance in Brazil, given the vast number of lawsuits that have been brought in court to better enforcement of such guarantee, and argues that the judiciary is often expected to enforce constitutional norms. At last, the author discusses the setting of rational parameters as a necessary condition for the reinforcement of judicial legitimacy.

**Keywords:** Brazilian Federal Constitution of 1988. Fundamental right to healthcare. Judicial activism. Action parameters.

## LISTA DE QUADROS

QUADRO 1: Retrospectiva dos direitos sociais nas constituições brasileiras.....	14
---	----

## LISTA DE ABREVIATURAS

AgRg – Agravo Regimental

CF- Constituição Federal

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

MI – Mandado de Injunção

RE- Recurso Extraordinário

RENAME - Relação nacional de medicamentos essenciais

STF- Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

## Sumário

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A PREOCUPAÇÃO COM A DEMOCRACIA MATERIAL .....	3
2.3	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FUNÇÃO IMPLEMENTADORA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	19
2.3.1	O princípio da Separação de Poderes.....	22
2.3.2	O caráter antidemocrático da intervenção judicial .....	24
2.3.3	A teoria da “Reserva do Possível” .....	29
2.3.4	Falta de Conhecimento Técnico do Juiz.....	35
2.3.5	A desigualdade quanto ao acesso à justiça.....	37
2.3.6	O conteúdo aberto e indeterminado dos dispositivos que prescrevem os direitos sociais .....	38
2.3.7	Considerações parciais .....	39
3	O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	41
3.1	O REGIME CONSTITUCIONAL DA SAÚDE: VANTAGENS E DESVANTAGENS... ..	51
3.2	O Direito à Saúde e o Supremo Tribunal Federal.....	62
3.3	O DIREITO À SAÚDE E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ .....	73
3.3.1	Análise dos julgados .....	74
4	PARÂMETROS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE .....	77
4.1	PARÂMETROS MATERIAIS .....	78
4.1.1	Legitimidade judicial circunscrita, em regra, à esfera da fundamentalidade material: .....	78
4.1.2	Legitimidade restrita, em regra, aos hipossuficientes. ....	79
4.1.3	Possibilidade de Universalização da Medida.....	81
4.1.4	O sistema de direitos sociais em sua unidade .....	82
4.1.5	Prioridade para a opção técnica da administração .....	82
4.1.6	Prioridade para a Solução mais Econômica .....	84
4.1.7	Intensidade do Controle Jurisdicional proporcional aos Níveis de Investimento em Políticas Sociais.....	85
4.2	PARÂMETROS PROCESSUAIS .....	86
4.2.1	Prioridades para as Ações Coletivas.....	86
4.2.2	Condicionantes às ações individuais.....	87
4.2.3	Ônus e Amplitude Probatória.....	87
4.2.4	Ampliação do Diálogo Institucional.....	90
5	CONCLUSÃO .....	91
	REFERÊNCIAS .....	97

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se um combate diário. Duas realidades, em confronto, lutam para ou preservarem seu espaço ou ocuparem um novo espaço. Décadas se passaram onde os direitos fundamentais eram, ou sequer previstos, ou tratados como instrumentos de retórica enganadora cuja concretização longe se passava da carta de ações dos governos.

Eis porque a luta. Após 1988 passa-se a conviver com uma nova realidade, bem verdade que inicialmente muito mais jurídica do que factual. Uma realidade onde os direitos fundamentais, especialmente os sociais, como que adquirindo forma viva, começaram a entranhar-se no cotidiano sócio-jurídico e, mais do que estremecer teorias jurídicas, passaram também a integrar o plexo de elementos formadores da consciência da população. Ou seja, dia-a-dia passa a população a incorporar a consciência de que tem direitos inalienáveis e exigíveis contra todos, especialmente contra o Estado.

No cenário jurídico, por sua vez, ainda que resistências sejam ofertadas, tem-se a prevalente visão de que o norte para o agir do administrador, legislador ou julgador está pré-definido por uma Constituição cuja normatividade de suas disposições irradia efeitos vinculadores para toda a ordem jurídica. Se está, pois, numa fase de troca de paradigmas. De uma Constituição despida de força vinculante, passa-se para uma em que tudo a ela se submete.

Esta radical mudança surte consequências, máxime quando o texto constitucional incorpora um grande leque de direitos que, secularmente, eram completamente ignorados. Temos de um lado o ato de resistência, especialmente do legislador e administrador que acostumados não estão a serem previamente conformados por textos normativos. De outro lado, temos o julgador, antes “boca da lei”, agora assumindo uma postura ativa e criativa para fazer valer aquele texto constitucional.

Ante a novel realidade de embate entre a resistência e ação, como encontrar o necessário equilíbrio para, sem se manter preso ao passado de omissões, não

fomentar uma postura que, mesmo alicerçada em boas intenções, seja causa de uma hipertrofia de poder contrária a um ideal democrático?

Assim é que, após analisar as principais críticas lançadas a nova jurisdição constitucional, procurar-se-á expor alguns parâmetros para a efetivação do direito social à saúde, ou seja, serão delineados alguns contornos a esta nova postura judicial, isso em respeito a uma sociedade que, mesmo clamando por uma resposta que lhe alce à condição de poder ser senhora de sua liberdade, não despreza o ideal democrático.

Procurar-se-á, ainda, fazer uma breve análise do regime jurídico-constitucional do direito à saúde, especialmente de seus princípios norteadores, expondo-se ali as principais vantagens e desvantagens desta nova realidade, momento em que se poderá compreender que as deficiências do sistema voltado à proteção deste direito fundamental não estão centradas em causa única, mas num plexo de disfunções que culminam por uma prestação estatal ainda insuficiente.

Este estudo também passará pela verificação de como tem sido as respostas ofertadas pelo Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Quanto ao primeiro, far-se-á especialmente a análise de dois julgamentos de lavra dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes que têm servido de norte àquela corte. Quanto ao Tribunal do Paraná, procurou-se fazer uma coleta de dados como forma de melhor compreender a realidade local, seja no tocante às ações ajuizadas envolvendo a busca de medicamentos e tratamentos, seja em relação à resposta que tem sido dada a estas ações.

## **2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A PREOCUPAÇÃO COM A DEMOCRACIA MATERIAL**

### **2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS SOCIAIS**

Um país que não dava certo. Este era o Brasil antes da Constituição Federal de 1988. Sua marca era a ilegitimidade do poder, a falta de efetividade das sucessivas constituições e o desrespeito à legalidade constitucional (BARCELOS; BARROSO, 2003).

Tinha-se uma máquina estatal cuja estrutura estava secularmente constituída para um destino único, qual seja, servir-se de escudo contra uma aflita maioria para, sob um paradigma mercantilista-capitalista<sup>1</sup>, manter castas e privilégios. Os efeitos desta patologia sociopolítica sente-se até hoje: fome, miséria, analfabetismo, discriminação, doenças, falta de saneamento básico, enfim, cancores maculadores da dignidade humana da grande maioria da população.

Os textos integrantes das sucessivas constituições até previam alguns direitos sociais básicos, conforme exposto na tabela a seguir.

---

<sup>1</sup> Para FAORO (2011), a “realidade histórica brasileira demonstrou – insista-se (cap.III, 2) - a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista. Adotou do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar”.

Carta Magna	Artigo
CF/1934	<p>Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto</p> <p>Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:</p> <p>a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;</p> <p>b) estimular a educação eugênica;</p> <p>c) amparar a maternidade e a infância;</p> <p>d) socorrer as famílias de prole numerosa;</p> <p>e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;</p> <p>f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;</p> <p>g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.</p>
CF/1937	<p>Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.</p>
CF/1946	<p>Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.</p> <p>Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna.</p>

QUADRO 1: Retrospectiva dos direitos sociais nas constituições brasileiras

Fonte: o autor

Todavia, era longa a ponte entre a previsão e concreção, máxime diante da reinante concepção de ausência de força normativa a estes textos, vistos antes como meros programas de ação, como convites aos poderes para agir, na certeza, entretanto, de que o convidado – camuflado pela retórica insincera e enganadora - negaria o convite.

E diante desta falta de legitimidade do poder prostrava-se um povo inerte, mas uma inércia alimentada por uma privilegiada casta. Como diz FAORO (2011), o povo oscilava

(...) entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou<sup>2</sup>.

E as Constituições? Com acima dito, meras cartas indicadoras de programas de ação, despidas de qualquer força tendente a proporcionar uma aplicabilidade direta e imediata. Não tinham força normativa. Não tinham efetividade. Seguiam uma tradição européia onde a Constituição mais se dirigia aos poderes constituídos, principalmente ao Legislativo, o qual tinha a incumbência de interpretá-la e implementá-la (BARCELLOS, 2008).

Conseqüência direta daquela realidade seria o desrespeito à legalidade constitucional. Impregnada estava em nossa história toda uma instabilidade de poder mantida à custa da força bruta, ditatorial, suplantadora do Direito. A ordem jurídica constitucional era antes um instrumento de acomodação do poder dominante do que um amparo à população contra os abusos, atrocidades e ilegalidades cometidas. Caso não acomodasse o poder, desrespeitava-se a ordem vigente.

Tempos passados que algumas sombras ainda deixam no presente. A Constituição de 1988 marca um novo começo, como um sopro de vida que vê, no futuro, muita coisa a fazer. E está fazendo. A onipotência e insensibilidade do poder de outrora perdem gradativamente espaço para uma legalidade constitucional e o *status* de norma jurídica reveste as normas constitucionais que, não mais como mero programas, passam a possuir força normativa e, mais, passam a impregnar de sentido toda a ordem infraconstitucional. De mera intenção, então, passa a ser condição de validade para todas as normas vigentes no país.

---

E este sentido que marca nossa Constituição e orienta nossa ordem jurídica não nasce como fruto do acaso. Nosso constituinte o corporifica a partir da realidade viva, impondo, como consequência obrigatória, uma compreensão do texto constitucional a partir de um processo dialógico com a realidade social, como forma de revesti-lo de necessário sentido axiológico. É por isso que José Afonso da Silva (1991) afirma que

(...) O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os *elementos constitucionais* do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: *a constituição*.

Não há, portanto, barreiras entre a realidade social e a Constituição. Ao contrário, o inter-relacionamento é condição necessária tanto à formação desta como à compreensão daquela. O fim da Constituição, também no dizer de José Afonso da Silva, é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade.

Quais são, então, estes valores? Pois bem, do rompimento com o paradigma individualista de outrora, emerge agora uma vasta gama de valores norteados à proteção do ser humano, não enquanto indivíduo isolado de seu meio, mas como elemento integrante de um conjunto maior cuja satisfação de suas necessidades perpassa pela satisfação de um todo, como numa cadeia de interdependência. É a marca da solidariedade a exigir um repensar da sociedade, particularmente dos poderes públicos.

Aliás, no próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consta ser destino do Estado “**(...) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)**”. Em harmoniza a tal propósito, é consagrado como um dos princípios fundamentais do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º) constando, outrossim, como objetivos fundamentais deste Estado a construção de uma

sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos (art. 3º, incisos I, III e IV).

Esta deve ser a fotografia do Estado brasileiro, somente alcançável através da concretização dos direitos sociais e individuais, extirpando-se toda conduta tendente à manutenção ou promoção de ações que atentem contra todos aqueles valores consagrados no art. 1º, em especial o da dignidade da pessoa humana.

E justamente nesta trilha é que, a par dos direitos individuais, variado rol de direitos sociais prescreveu o Constituinte. Prescrição esta que surge não por caridade (BARBOSA, 2007) mas, consoante já exposto, porque reflexo de uma realidade social que clamava pelo suprimento de suas necessidades básicas. Por esta razão consta do art. 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Bonavides (2008, p. 642), por sua vez, assevera que:

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma constituição material sólida destes direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder.

Em função disso, essa dignidade se fez artigo constitucional em nosso sistema jurídico, tendo sido erigida por fundamento de um novo Estado de direito, que é aquele do at. 1º da Carta Política da República.

Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “ a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil(art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII e do sobredito art. 3º.

Portanto, os direitos sociais mostram-se como autênticos pressupostos à dignidade da pessoa humana, não podendo pairar qualquer dúvida acerca de serem reconhecidos como direitos fundamentais (TORRES, 2009)<sup>3</sup>. Neste sentido, reforça Sarlet (2008, p. 77)

---

<sup>3</sup> Para Torres (2009, p.80) a “jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de

a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social(...).

O que também se percebe claramente com toda esta incorporação de princípios, valores e direitos para o texto da Constituição é a preocupação com a consolidação - até 1988 inexistente – de um Estado Democrático de Direito (*caput* do art. 1º), onde o regime democrático estaria calcado numa *efetiva* participação do povo, que não se verifica tão-somente através do voto, mas principalmente na qualidade deste voto.

Com efeito, em constituições portadoras de um extenso e complexo catálogo de direitos fundamentais, como a brasileira, estes **são pré-comprometimentos escolhidos pela própria soberania popular, no exercício do poder originário, e convertidos em direitos constitucionais atribuídos aos indivíduos, inclusive – e sobretudo – em face dos próprios órgãos governamentais criados pelo poder constituinte** (MELLO, 2004).

E, desse *locus* constitucional, decorre a importante consequência de que a soberania popular já decidiu tanto sobre quais seriam os direitos elevados à categoria de direitos fundamentais, bem como sobre a extensão e eficácia destes direitos, oponíveis contra os próprios órgãos do Estado e, pois, não mais sujeitos à livre disposição destes órgãos (*Idem, ibidem*).

A sociedade, assim, já fez sua escolha, aliás, sua mais importante escolha. Elegeu certos direitos e os elevou a categoria de *fundamentos* dos demais direitos, blindando-os contra qualquer tentativa de desrespeito, inclusive e sobretudo contra ataques dos próprios poderes constituídos, notadamente o legislativo. Neste formato constitucional, portanto, não mais o legislador possui a rédea livre – como era no paradigma liberal – para *em nome* de uma insensível maioria tudo decidir, com indiferença às minorias.

---

prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir da processo democrático”.

Mello (2004, p. 147) frisa que:

O fato de uma comunidade constituir-se como uma democracia não significa que assuma uma concepção absoluta e ilimitada de democracia. O fato de uma comunidade constituir-se reservando um conjunto articulado de direitos fundamentais significa, outrossim, que os processos democráticos estão vinculados a conteúdos constitucionalmente exigidos, ainda que as instâncias de decisão política possam desfrutar de uma margem de liberdade na decantação dos conteúdos normativos vinculativamente esboçados para os direitos fundamentais na constituição, assim como na construção legislativa de soluções para os conflitos de convivência da rede de direitos fundamentais na prática jurídico-política.

Do regime formalmente democrático não decorre necessariamente uma realidade democrática, haja vista que para esta, mas do que a forma prevista, há de se ter escolhas e decisões cujos conteúdos atendam aqueles interesses mais relevantes da comunidade. Estas escolhas e decisões caberão, em regimes tais, originalmente ao legislativo, por representarem, teoricamente, a vontade da comunidade e o processo de formação desta vontade ocorrer em um cenário de debate público.

Todavia, não pode ter o legislador uma liberdade absoluta no seu agir, no sentido de ter uma *discricionariedade constitucionalmente irresponsável*, ao contrário, o processo democrático vinculado está àqueles conteúdos pré-estabelecidos pelo constituinte, sem que isso importe, todavia, numa impossibilidade de conformação legislativa deste conteúdo.

Aliás, para Barbosa (2008, p. 157):

Se não houvesse este pré-comprometimento com os direitos inerentes à pessoa humana, e se essas escolhas pudessem ficar à disposição das maiorias políticas de determinada época ou de determinada sociedade, esta maioria política poderia se prevalecer contra os direitos humanos, atuando de uma forma passional e não racional. Aqueles que atuam no campo político o fazem movidos por questões imediatas, conjunturais, que acabam levando a um equívoco e a uma confusão, muitas vezes movidos por interesses adversos aos direitos dos demais cidadãos e aos interesses permanentes da comunidade considerada como um conjunto.

Relevante também a observação feita por Brandão (2008, p. 31) no sentido de que:

A admissão de que o Parlamento exerça, incessantemente, um poder normativo ilimitado gera um fundado risco de este órgão estatal incorporar,

na prática, a soberania do povo, instituindo-se espécie de 'soberania dos poderes constituídos', frontalmente contrária à sujeição da vontade não soberana dos governantes à vontade soberana do povo, como preconizado pelo Estado de Direito.

Ainda, tolerar uma liberdade absoluta do Parlamento – além de gerar uma excessiva concentração de poder em um só órgão do Estado - coloca, especialmente em países em vias de democratização, valores constitucionais essenciais, como os direitos da minoria, nas mãos de maiorias ocasionais, a par de não garantir às instituições políticas a estabilidade que só o tempo lhes confere (BRANDÃO, 2008).

Não se nega, por isso, a feição antidemocrática assumida pelos direitos fundamentais, tanto assim é que Robert Alexy (2008), reconhecendo que, da importância dos direitos fundamentais, a decisão de garanti-los ou não jamais poderia ser deixada simplesmente para a maioria parlamentar, daí decorrendo sua faceta antidemocrática, ou seja, estes direitos exprimiriam posições jurídicas subjetivas que vinculariam positiva e negativamente os órgãos do Estado, inclusive as instâncias de representação democrática, impondo-lhes ao mesmo tempo limites e direção.

Essa reserva de bens e valores expressa o que é decidível pelos órgãos políticos. Justamente por isso, para Michael J. Perry (*apud* MELLO, 2004, p. 150), os direitos fundamentais correspondem a certas coisas que não devem ser feitas a nenhum ser humano e certas outras coisas que devem ser feitas a todos os seres humanos, obrigações dirigidas igualmente às instâncias de legislação e governo.

Como visto, os direitos fundamentais encerram um (aparente) paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se harmonizam com o regime democrático, são antidemocráticos. Se por um lado conferem aos poderes políticos a preferência da escolha, reconhecimento, decisão e concreção destes direitos e, ainda, se mostram como pré-condições de uma democracia material marcada por uma participação política fundada na liberdade (real) e na igualdade de condições entre todos os

participantes<sup>4</sup>, por outro lado retiram da esfera de decisão certos bens e valores, os quais se erigem como limites e direção de agir do procedimento democrático.

Mas, urge asseverar, esta feição *antidemocrática* dos direitos fundamentais muito mais do que expressar uma limitação à maioria, destina-se ao fortalecimento da sociedade como um todo<sup>5</sup>, até porque a história da civilização tem demonstrado que a força dos direitos fundamentais tem uma causa social marcante: opressão do indivíduo e supressão da autonomia individual.

E, como bem adverte Cláudio Ari Mello (2004) , mesmo sociedades com razoável estabilidade democrática sucumbem à tentação da restrição da autonomia individual em nome de interesses nem sempre legítimos, o que exige, a despeito da estabilidade, seja reduzido o leque passível de deliberação política. É da oposição (*anti*) que fortalecemos a posição (*democracia*), assim como do vírus se faz a vacina preventiva da patologia.

Ou seja, o caráter antidemocrático dos direitos fundamentais mostra-se tanto como um antídoto contra o abuso do poder, como uma condição necessária e revigorante para uma democracia (material), mormente porque (...) numa sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos sociais básicos dos cidadãos estiverem garantidos (BARBOSA, 2007).

O exercício das liberdades – e aqui se inclui a democrática – pressupõe capacidade e esta não se adquire tão-somente com a garantia de participação formal no processo político. O cidadão – representado politicamente – deve ter uma condição social e intelectual apta a lhe dar condições de bem escolher seu representante e de aferir a eficiência com que está sendo representado.

O fato é que, conforme assevera Gonçalves (2009, p.214):

---

<sup>4</sup> Essa igualdade material de participação, segundo Jorge Miranda (1996, p. 72), “*não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado (...)*”.

<sup>5</sup> Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barbosa (2007, p. 50) “(...) quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo, estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais”.

sem educação, sem saúde, sem moradia o indivíduo não possui poder político suficiente para participar do processo político democrático de forma efetiva e em condições de igualdade com toda a sociedade, restando para ele fechados os canais de participação no processo político democrático.

Assim é que se torna possível afirmar, segundo José Afonso da Silva (2002), que a democracia não pode ser vista como um valor em si mesmo, mas como um meio de “realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do Homem”. Vale dizer, assume ela uma função instrumental – e não finalística – no sentido de servir de garantia à concreção dos direitos fundamentais.

Aliás, sequer se poderia falar em Estado de Direito sem a garantia destes direitos fundamentais. Para Jorge Reis Novais (2006), o componente essencial e determinante do conceito de Estado de Direito seria o núcleo constituído pelas liberdades e direitos fundamentais do cidadão. É o ponto de partida (é seu objetivo desde o momento da constituição) e o de chegada (não pode desviar-se deste objetivo). Estado de Direito, para citado autor lusitano seria então aquele **vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio Estado.**

Pois bem, diante de todo o acima exposto e até porque se vive numa época em que – ainda que mais retórico que prático – o discurso passa a ser voltado para a proteção dos direitos fundamentais sociais, é de se indagar qual o motivo ainda de tanta discussão acerca do tema. A resposta não assume muitas vertentes e reside fundamentalmente na (im)possibilidade de plena efetivação dos direitos fundamentais sociais. E o porquê da resistência a esta efetivação? Porque seriam direitos subjetivos a prestações por parte do Estado.

A questão que se coloca, portanto, é saber até que ponto, com base em preceito constitucional, faculta-se reconhecer ao particular um direito subjetivo individual de modo a exigir do Estado uma prestação material<sup>6</sup>?

---

<sup>6</sup> Discorre ainda SARLET (2008) acerca da distinção entre os direitos originários às prestações e aos direitos derivados às prestações. Enquanto os primeiros direitos decorreriam diretamente da Constituição, independentemente de intermediação legislativa, os segundo resultariam de uma reação à ação estatal legiferante. Vale dizer, fundando-se no princípio da isonomia, o direito decorria

Um dos fundamentos – e dos mais contundentes - para defender a ausência de eficácia direta dos direitos sociais seria o fato de que, por serem direitos dependentes de prestação estatal e, pois, por envolverem alocação de recursos econômicos, sua efetividade sempre dependeria de prévia ação por parte dos órgãos de direção política, situação não verificável para os direitos fundamentais de defesa (direitos liberais), que não dependem de recursos materiais e, por isso, seriam judicializáveis.

Vale dizer, a questão estaria relacionada principalmente ao limite fático da **reserva do possível** – que mais adiante será analisado com mais profundidade - donde a plena efetivação dos direitos sociais estaria na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, cuja decisão acerca do que e onde aplicá-los não poderia ficar a cargo do Judiciário – órgão despido de legitimidade e capacidade funcional necessária -, mas sim do legislador ordinário.

## 2.2 OS DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Portanto, a atual realidade constitucional não mais permite qualquer perquirição acerca da existência ou não da obrigação do Estado quanto às questões sociais, mormente nos países ainda em desenvolvimento, como o Brasil, que apresentam altos índices de pobreza e, ainda que estatisticamente tenha ocorrido considerado avanço, para maior parte da população ainda é restrito o acesso aos direitos individuais e sociais básicos, tidos por fundamentais.

Neste cenário de carência, a presença do Estado surge como condição inafastável ao suprimento da desigualdade de condições, não como agente equalizador desta desigualdade no sentido de gerar uma exata isonomia - provavelmente impossível de ser alcançada – mas sim como promovedor de condições mínimas garantidoras de uma vida digna.

---

de atividade legislativa concretizadora da norma constitucional. Observa, entretanto, que a distinção não impõe um afastamento total dos problemas decorrentes da efetividade dos direitos prestacionais, já que também nos derivados, onde "(...) remanesce a questão de saber se para além da previsão legal ou mesmo contrariamente a esta é possível reconhecer-se um direito subjetivo com base tão-somente no preceito constitucional".

Nesse passo, a Constituição Federal consagra, inicialmente, como um dos fundamentos do Brasil a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), sendo um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos (art. 3º, inciso IV), com expressa garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*).

Assim, incorpora-se normativamente a proposta de um Estado onde a proteção à vida constitui obrigação expressa, porém, e mais do que isso, protege-se não somente a integridade física, mas a existência em condições dignas proporcionadoras do desenvolvimento de todas as capacidades do ser humano.

Não sendo a pretensão esmiuçar o conceito de dignidade da pessoa humana (Moraes, 2003)<sup>7</sup>, por fugir aos propósitos do estudo, não há como deixar de expor, ainda que sinteticamente, sua ideia base, mormente porque íntima relação possui com o tema ora abordado.

Para este fim, relevante a anotação feita por Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 118)

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana

Não é demasiado afirmar, frente ao atual estado evolutivo da sociedade, que viver, por viver, não é viver, talvez sobreviver. Pretende-se mais do que o mero viver, um viver qualificado, ainda que desigual, porém, com possibilidades de se poder, indistintamente, ter um acesso universal a todas as condições necessárias à formação de uma plena capacidade, pressuposto que é da real autonomia individual.

---

<sup>7</sup> Maria Celina Bodin de MORAES (2003), decompõe o substrato material da dignidade em quatro postulados: 1) o sujeito moral e ético reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, 2) merecedores do mesmo respeito à integridade psicológica e física de que é titular, 3) sendo ele dotado de vontade livre, de autodeterminação, 4) e sendo parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Estes “subprincípios” podem ser relativizados ou ponderados, mas nunca o princípio absoluto da dignidade da pessoa humana.

A despeito disso, preocupa a citação lançada por Ricardo Lobo Torres (2009, p. 20), fazendo referência ao *Human development Report 1994*, no sentido de que nas sociedades pobres, o que está em risco não é a qualidade de vida – mas a própria vida, concluindo que, diante desta realidade, **a qualidade de vida, enfim, deve ser mensurada pela garantia dos mínimos sociais e das prestações positivas de justiça distributiva ligadas à educação, saúde, moradia e demais direitos sociais.**

Doutra banda, e sabendo que num país de grandes dimensões, desigualdades e multicultural como o Brasil, dificuldades várias existem para uma concreção integral daqueles propósitos constitucionais. Há de se promover, então, uma satisfação progressiva, mas desde já com a garantia de direitos mínimos, fundamentais a todos os cidadãos. Eis aqui, pois, os direitos sociais.

Como já anteriormente citado, é do texto do art. 6º da Constituição Federal que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por aí se pode, segundo Cunha Júnior (2006, p. 263), conceituar os direitos sociais como

aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais

De se observar, até pela natureza do rol explicitado pelo constituinte, que os direitos sociais não se dirigem, exclusivamente, a exigir uma atuação positiva por parte do Estado na implementação e garantia de segurança social, como instrumento de compensação das desigualdades fáticas e modo de assegurar condições a um mínimo para a existência digna. Vão além, assegurando e protegendo um espaço de liberdade, bem como de direitos daqueles segmentos mais vulneráveis da sociedade (SARLET; FIGUEREDO, 2008).

Tendo assim o *ser humano* como razão de ser do Estado (este é mero instrumento, portanto), incorporou o constituinte ao texto da constituição um rol de direitos tidos como condição *sine qua non* para a perfectibilização daquele fim. Vale dizer, a concreção de uma condição humana digna perpassa pela satisfação daqueles direitos sociais mínimos.

A despeito disso, alvo de questionamento tem sido a questão afeta à fundamentabilidade dos direitos sociais, ou seja, se também são direitos fundamentais os direitos sociais e, se o são, se a eles igualmente se aplicam o art. 5º, § 1º da CF, que reza que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sem polemizar o problema, adota-se a posição de Sarlet (2006)<sup>8</sup>, para quem, pelo menos no âmbito do sistema de Direito Constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.

Indo mais longe, Cunha Júnior (2006) defende que o art. 5º, §1º da Constituição se aplica não somente para os direitos definidos no art. 5º, mas também para aqueles direitos sequer previstos formalmente na Constituição. Basilar é para a tutela, segundo prega, que se revista o direito da nota de fundamentalidade material (como, por exemplo, os decorrentes de certos tratados internacionais), o que decorreria do fato do dispositivo fazer uso da fórmula genérica “direitos e garantias fundamentais”, sem discriminá-los e também em razão de uma interpretação sistemática e teleológica aplicada à disposição, ora em que traz à tona à **marca da indivisibilidade** que caracteriza os direitos fundamentais.

---

<sup>8</sup> Para TORRES (2009, p. 80) “ a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”

Assim, a nota de fundamentalidade e sua consequente aplicabilidade direta não decorreria necessariamente da incorporação ao texto maior, mas sim do direito material a ser protegido.

De toda forma, e sem se alongar na questão, o fato é que não se concebe que os direitos sociais, como autênticos pressupostos à dignidade da pessoa humana, deixem de ser reconhecidos como direitos fundamentais<sup>9</sup>, até porque reforça Sarlet (2008, p. 77) que

a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social

Interessante abordagem faz Cunha Júnior (2006) das passagens ocorridas na Assembléia Nacional Constituinte em torno do §1º do art. 5º, momento em que cita as palavras do deputado Ulysses Guimarães, segundo o qual a norma em discussão **“objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que sua aplicabilidade seja garantia. É isso que querem os autores da proposta”**. Cita também o Deputado Gastono Righi, para quem aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse. Isso relevaria, afirma, a nítida intenção do Constituinte em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional.

Logo, e até com base no método histórico de interpretação, defende a aplicação imediata do dispositivo independentemente de intermediação legislativa<sup>10</sup> e, em reforço a isso, observa o autor retro citado que:

---

<sup>9</sup> Para Torres (2009, p.80), a “ jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir da processo democrático.”

<sup>10</sup> Neste ponto, Cunha Júnior (2006,) discorda da posição intermediária defendida por INGO SARLET, JOSÉ AFONSO DA SILVA e CELSO RIBEIRO BASTOS, os quais reconheceriam a necessidade, em alguns casos, da concretização pelo legislador (alguns direitos sociais). Diz então que tal solução “reduziria a grandeza do princípio da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, virando as costas ao passado histórico de lutas e conquistas que se desenvolveram no processo de afirmação, a duras penas, dos direitos fundamentais, notadamente quando se tem consciência de que esse princípio veio à tona porque já se tornava evidente que a exigência de uma regulamentação

(...) com base em HABERLE – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição -, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º. §1º seja no sentido da aplicabilidade direta destes direitos. (CUNHA JÚNIOR, 2006, P. 255)

E mais, os direitos fundamentais, sejam individuais ou sociais, além de se dirigem ao Estado, como ente da relação obrigacional com o dever de ofertar a respectiva prestação, também se aplicam às relações privadas, de modo que entre os próprios indivíduos, nas relações de natureza privada, igualmente exsurge o dever de atender àquelas disposições constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais.

Diz Sarlet (2008) que a eficácia, *em princípio*, direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, no sentido de não depender da mediação da legislação infraconstitucional, já decorre de uma adequada interpretação do art. 5º, §1º da CF, que apregoam a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais.

Mas, além deste suporte argumentativo, ressalta que deste artigo decorre um dever estatal de maximizar a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, buscando com isso alcançar níveis ótimos ou ao menos razoáveis de eficácia social, isto é, em todos os setores da vida pública e privada.

Interessante observação é feita por Jean RIVIERO (*apud* Sarlet, 2008), no sentido de que caso não houvesse também esta eficácia na relação entre particulares, estaríamos admitindo uma **dupla ética social**, resultante de uma diversificada concepção do ser humano no campo das relações entre os particulares e o Estado e os particulares entre si.

Observa Sarlet (2008), todavia, que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não é absoluta, pois da necessidade de se adotar soluções

---

dos direitos punha em perigo a eficácia destes, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo” (CUNHA JÚNIOR, 2006, p. 258). Prossegue ainda ao dizer que “a defesa da prévia regulação legislativa além de impor uma eficácia mínima ao art. 5º. §1º (igualando-a às normas programáticas), importa na transferência da função constituinte do legislador constituinte para o legislador ordinário, já que a omissão deste retiraria de vigência a norma constitucional.

diferenciadas ante a não homogeneidade das normas, seus diferentes graus de eficácia e de peculiaridades e, principalmente, porque as normas constitucionais possuem eminentemente conteúdo principiológico, releva-se constante estado de tensão (conflito) a reclamar a ponderação.

Diante desta tensão decorrente do conflito normativo, não só nas relações privadas, teria a doutrina e jurisprudência construído categorias argumentativas visando direcionar a atividade interpretativa rumo a eficácia dos direitos sociais. Entre estas categorias tem-se adotado o **mínimo existencial** e a **preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais** como critérios para uma adequada ponderação e, portanto, para uma solução constitucionalmente legítima do problema posto.

Assim, o mínimo existencial no que diz com a garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais e, portanto, vincula o próprio (particular) titular do direito e, por via de consequência, também acaba por gerar um correlato e direto dever jurídico de respeito e proteção, mesmo por parte dos particulares.

### 2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FUNÇÃO IMPLEMENTADORA DOS DIREITOS SOCIAIS

Testemunha-se uma reviravolta paradigmática: de um agir mecânico (“boca da lei”), insensível à realidade, partimos para uma época de grande ativismo judicial<sup>11</sup>, no Brasil especialmente na década de 90. Segundo Souza Neto (2010), os fatores que a isso levaram seriam a aprovação da Constituição Federal de 1988, o subsequente movimento de afirmação à normatividade constitucional, as sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo e a superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional.

---

<sup>11</sup> Podemos compreender o “ativismo judicial” como “ (...) uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, em especial da Constituição, de forma a expandir o seu sentido e alcance, participando o juiz, portanto, no processo de criação da norma jurídica”. (NERELLY, 2010, p.1419)

Sem adentrar na análise destes fatores e sem, neste momento, analisar os prós e contras do ativismo judicial, o fato é que somente com a satisfação dos direitos fundamentais podemos falar em um Estado Democrático de Direito, do que deflui como corolário que constitui obrigação de todos os poderes constituídos dirigem suas ações a tal mister, logo, inconcebível se mostra enquadrar o Judiciário como um órgão estranho à tal incumbência.

E a razão desta afirmação não é difícil de ser exposta. É marca dos Estados Constitucionais Democráticos a predeterminação pelo constituinte de determinados temas que, pela relevância para proteção dos direitos humanos, estão excluídos da esfera de disponibilidade do legislador. Estes temas, como já antes expostos, vinculam a ação do legislador, de modo que o agir deste – ou o não agir - em afronta aquelas matérias revela um proceder inconstitucional. Eis aqui a razão – e importância do Judiciário – nestes Estados. Constitui ele o órgão do Estado encarregado de impedir aquelas violações, restabelecendo e promovendo a vontade do constituinte. Constitui-se, em outras palavras, na garantia da preservação dos valores maiores previstos na Constituição.

Por certo não se está com isso a defender uma supremacia deste poder em relação aos demais ou, ingenuamente, descrevê-lo como agente *salvador da pátria*. O que se pretende é simplesmente expulsá-lo daquela redoma onde, secularmente, sua ação mais era parecida como a de fantoche dos demais poderes, em vez de um poder autônomo e independente. A época é de responsabilidade social compartilhada. Executivo, Legislativo, Judiciário, organizações sociais, cidadão isolado, etc, enfim, todos com uma cota de responsabilidade. E, somente da consciência desta cota e com o cumprimento do respectivo dever que se conseguirá uma transformação social com a concreção dos ideais previstos na Constituição Federal.

Por isso, é de se frisar novamente, a exclusão do Judiciário da participação deste processo de transformação simplesmente geraria o rompimento daquela cadeia de ações tendentes ao fim maior, com prejuízo certo a este fim.

Nem se diga que sua participação, nos moldes de outrora, atenderia o fim constitucional. A finalidade constitucional do Judiciário não é *ditar* a lei, como igualmente importaria um reducionismo inadequado vislumbrar no Legislativo a

tarefa exclusiva de *editar* leis e a do executivo de cumpri-las. A realidade atual clama por uma ampliação e entrelaçamento de atribuições, cuja moldura delimitadora encontra seus contornos traçados pelo texto constitucional. Assim, em vez de *ditar* leis, julga-se a partir de um juízo crítico, valorativo e transformador, cuja transformação – longe de inovar a ordem – simplesmente a adéqua àquele feixe de sentidos já pré-definidos.

Não se nega que de tal conclusão decorrem resistências. Uma delas, como bem observam Abramovich e Courtis (2004), decorre do fator cultural, ou seja, a escassa tradição de controle judicial sobre matérias que imponham, em se tratando de direitos sociais, obrigações positivas por parte do Estado. Com efeito, apesar da existência de normas de hierarquia constitucional que consagram estes direitos, concepções conservadoras acerca do papel institucional do poder judicial e da separação de poderes tem provocado uma prática escassa de exigência judicial destes direitos, *um menosprezo das normas que os instituem*, fator este que se soma o próprio desconhecimento das pessoas acerca destes direitos no que tange à invocação da tutela judicial. Todavia, advertem estes autores:

uma tradición, con todo el peso que ella puede tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes, y creencias contingentes. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos económicos, sociales y culturales. La gradual acumulación de precedentes judiciales, que permitan extraer principios de actuación operables en contextos análogos, hará posible un cambio de actitud por parte de los tribunales, y una mayor visibilidad de la posibilidad de reclamo judicial por parte de las propias víctimas. Nada mejor que recordar aquí la máxima hegeliana: 'a nadar se aprende nadando'. (ABRAMOVICH E COURTIS, 2004, p. 132)

A despeito disso e, ciente da advertência acima que clama uma por prática transformadora e consciente, questionamentos vários tem sido feitos acerca desta nova postura judicial. Toda ação responsável pressupõe uma *iter* antecedente que sopesse todos os possíveis pontos favoráveis e contrários da escolha desta ou daquela ação. Não poderia ser diferente na defesa de um ativismo judicial responsável. Por isso a importância da análise das críticas comumente levantadas e, por isso, a advertência de SARMENTO (2010, p. 556):

Neste cenário, surgem alguns questionamentos: Será que o Poder Judiciário – cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente perante o povo – possui as credenciais democráticas para interferir nestas

escolhas feitas pelo poder Legislativo e Executivo sobre quais gastos priorizar, em face da escassez de recursos? Até que ponto suas intervenções favorecem, de fato, os mais excluídos? Terá o Judiciário condições de atuar de modo racional e eficiente neste campo que envolve o controle de políticas públicas, cuja formação e implemento requerem *expertise*?

Assim, e como não há muita divergência acerca das críticas levantadas acerca da judicialização dos direitos sociais, passar-se-á a análise das mesmas. Eis as principais críticas: i) desrespeito ao princípio da separação dos poderes; ii) o caráter antidemocrático da intervenção judicial; iii) a teoria da “reserva do possível”; iv) falta de conhecimento técnico do juiz; v) a desigualdade quando ao acesso à justiça e vi) o conteúdo aberto e indeterminado dos dispositivos que prescrevem os direitos sociais.

### 2.3.1 O princípio da Separação de Poderes

Argumenta-se que o Judiciário estaria, com sua postura ativista, usurpando funções do Legislativo e Executivo, quando sua função seria somente a de aplicar as normas legais<sup>12</sup>.

A resposta ao problema posto parte da compreensão da razão de ser do princípio em comento. Pois bem, sua razão de ser é a distribuição do exercício do poder, evitando-se a concentração em mãos de um único, notadamente – e historicamente – nas mãos da monarca. Era, portanto, uma reação – burguesa – ao absolutismo e tinha o propósito particular de evitar a concentração e o exercício estatal (BARCELLOS, 2008). Tinha, portanto, uma marca instrumental, qual seja, garantir a liberdade individual<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Reflexo desse pensamento repousa na Teria da Falha Administrativa, segundo a qual o Judiciário somente é chamado a intervir naquilo que não fez o legislador, vale dizer, assume uma função subsidiária. Ocorre que tal entendimento, além de não se compatibilizar com um Estado onde o Judiciário deve intervir sempre onde houver lesão ou ameaça a direitos, o vê também como representante dos interesses da maioria, quando na verdade ele, na função de proclamar o verdadeiro, correto e justo, serve igualmente à proteção da minoria.

<sup>13</sup> Importante aqui a citação de Clémerson Merlin CLEVE (*apud* Barcellos, ano 2008, p. 244): “Os revolucionários burgueses acreditavam na força da razão. Por isso que, não passando a lei, para eles, de norma descoberta pela atividade racional, não poderia ela atentar contra a justiça e a liberdade. (...) Imaginavam os revolucionários que o Parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação orientados pela razão; e porque a lei era, a um só tempo, regra criada pela nação por meio de seus representantes(questão de forma) e orientada pela razão(questão de fundo),

Observa Barcellos (2008) que enquanto não se reconhecia à Constituição força normativa não havia maiores atritos entre esta e o princípio de separação dos poderes. Nessa época, ainda, as Constituições limitavam-se a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico-processual, sem se cogitar da ideia de controle judicial da constitucionalidade das leis. Ocorre que a realidade social do século XX impôs uma participação diferenciada tanto do Executivo, quanto do Judiciário, transformação esta que não veio acompanhada da adaptação daquele cânone da separação dos poderes.

Questiona então a citada autora se a separação dos poderes estaria em crise em razão da ampliação dos poderes do Judiciário. Aponta para algumas conclusões: i) a separação dos poderes possui natureza instrumental e, portanto, não é um fim em si mesmo, ou seja, busca uma garantia contra o exercício abusivo e arbitrário do poder concentrado, o que imporia uma divisão a bem dos direitos individuais; ii) a suposta crise é, na verdade, a crise dos parlamentos e das maiorias políticas, o que seria devido à democratização e ao sufrágio universal que criou uma variedade de grupos distintos no parlamento, a tornar difícil um equilíbrio assentado numa base heterogênea e iii) inexistente um modelo absoluto e acabado de separação de poderes que deva ser dogmaticamente aceito por todos os países (Barcellos, 2008), ao contrário, o enunciado deve ser formatado de acordo com a realidade nacional.

Ademais a isso, o sistema de separação envolve uma complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro (SOUZA NETO, 2010).

Inadequado, assim, se mostra impor a todas as realidades formatos idênticos e estanques, sob pena deste formato destoar da realidade para o qual será aplicado. A separação de poderes, como bem salientou Barcellos (2008), nada mais é do que um instrumental do Estado e, como todo e qualquer instrumento, somente ele se justifica caso seja adequado a fim a que se destina.

---

ela não poderia atentar contra a justiça e contra a liberdade. O culto da lei pelo liberalismo produziu consequências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo simples culto da lei enquanto forma”.

Num Estado onde uma Constituição incorpora um variado rol de valores, enumera textualmente os seus objetivos (art.2º) e, expressamente, garante ao cidadão o acesso ao Judiciário contra qualquer lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV), querer impor um formato de separação destoante deste contexto revela, além de uma inadequação dogmática, a subjugação do fim pelo meio.

Separação de poderes deve expressar uma divisão de funções onde, numa mútua colaboração e fiscalização, todos devem dirigir suas ações à concretização dos fins do Estado.

### **2.3.2. O caráter antidemocrático da intervenção judicial**

Da premissa de que a democracia corresponde ao autogoverno popular onde os cidadãos, não vistos como meros destinatários das normas jurídicas, mas como co-autores, costuma-se tachar a jurisdição constitucional com a pecha de possuir *déficit* democrático pois, segundo dizem: i) os juízes não são diretamente eleitos pela população, portanto, não a representam; ii) suas decisões não estão sujeitas ao controle direto dos órgãos de representação popular e iii) o universo subjetivo do processo é restrito às partes, sem abertura à comunidade responsável pela deliberação democrática.

Por esta visão, o Judiciário, que não responderia politicamente pelo povo, jamais pode interferir na vontade popular e dizer quais demandas e necessidades priorizar nos gastos públicos. Não seria o Judiciário, deste modo, democraticamente legítimo para dizer ao povo quais são suas necessidades, pois esta decisão caberia a ele próprio, através dos órgãos eleitos.

Sarmiento (2010) apresentar três argumentos para refutar tal objeção:

i) as próprias instituições representativas (legislativo e executivo) apresentam **alto déficit democrático**, gerada por uma série de fatores (influência econômica e apatia do cidadão diante da coisa pública) e comprovada por pesquisas indicativas do baixo grau de confiabilidade que possui a população em relação a estes poderes.

ii) na compreensão do significado democracia, vê-se que ela pressupõe mais do que eleições livres, sufrágio universal e alternância de poder. É preciso que os cidadãos tenham um mínimo de condições materiais supridoras de suas necessidades básicas a fim de que possam, com liberdade real, participar do processo político. Assim, quando o Judiciário garante os direitos fundamentais contra os descasos ou arbitrariedades das maiorias políticas ou dos tecnocratas de plantão, pode-se dizer que ele está, a rigor, protegendo os pressupostos para o funcionamento da democracia, e não atuando contra ela.

iii) diante da natureza normativa da Constituição Federal, constata-se que o Judiciário ao aplicá-la age de forma idêntica àquela quando aplica qualquer outra norma jurídica ao caso concreto, ou seja, sendo a Constituição uma norma jurídica, o Judiciário, ao aplicá-la, desempenha sua típica função de aplicar o direito existente sobre questões litigiosas.

De mais a mais, democracia não é sinônimo de regra majoritária. Juntamente com ela é preciso que sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos e estes se apresentam como condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra seus limites principais (BARCELLOS, 2008).

Ainda para Barcellos (2008, p. 251):

O princípio da igualdade, que se encontra subjacente à regra da maioria, exige que mesmo as minorias, mesmo os vencidos, sejam respeitados em sua humanidade, no conjunto de direitos fundamentais inerentes à sua condição humana e que lhes possibilite, afinal, serem considerados iguais aos demais. Se assim não fosse, a igualdade tão propalada seria meramente circunstancial – dependeria de se fazer ou não parte da maioria – e não essencial, decorrência da natureza humana. É nesse sentido que mesmo as concepções procedimentais da Constituição, como se viu acima, visualizam os direitos fundamentais, ou ao mesmo um conjunto deles, como pressupostos para o funcionamento de qualquer procedimento deliberativo democrático.

Portanto, segundo Barcellos (2008) nem a separação dos poderes ou a regra da maioria pode ser compreendida em termos absolutos. Isso porque são instrumentos e, como tais, não podem atentar contra o fim para a qual se destinam, qual seja, a proteção individual (com dignidade).

Além disso, discorre a autora, possui o Judiciário outras razões que lhe conferem legitimidade, as quais passa a listar: a) foi criado pela Constituição Federal, derivando dali sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; b) a cúpula do Judiciário é formada pela vontade conjunta do Executivo e Legislativo, o que lhes dá considerável grau de representatividade; c) possuem os magistrados um conjunto de prerrogativas que lhes dão independência em seu agir; d) a atividade jurisdicional se desenvolve com escoro em enunciados normativos, frutos de manifestações majoritárias. Somado a isso, tem ele o dever de prestar contas pública e motivadamente de suas decisões ; e) a decisão judicial não decorre de uma vontade única, final e acabada. Pode ser revista por órgãos superiores, oportunizando-se a correção de eventuais erros; f) o processo judicial é mais participativo que qualquer outro processo político, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório e g) os grupos minoritários sempre terão acesso ao Judiciário para a proteção de seus direitos.

De mais a mais, como bem ponderou Streck (2008, p. 138) ao responder a crítica de que a jurisdição constitucional enfraqueceria a cidadania e a democracia:

(...) não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial”, etc. Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões e movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, ‘ convalidadas’ por legislações emanadas do Poder Legislativo.

O que se percebe é que essa crítica resulta, sobretudo, de uma concepção unidimensional do fenômeno democrático (Mello, 2004) no qual a democracia se restringiria exclusivamente a um regime político cujas decisões são tomadas em instâncias parlamentares.

Contudo, adverte Mello (2004), o fenômeno democrático é mais complexo, atribuindo *virtudes democráticas* também ao judiciário. Indica quatro aspectos onde podem ser encontradas estas virtudes:

1) Garantia e reforço da legitimidade do regime democrático: **sem a garantia de determinadas condições materiais associadas aos direitos sociais, como o acesso à educação, a proteção do trabalho e da saúde, e a assistência social a**

**pessoas fisicamente desabilitadas, a democracia estará fundada em uma base desigual, discriminatória e, portanto, ilegítima. E quando os órgãos políticos falham na proteção desses direitos, cabe ao Poder Judiciário reparar essa deficiência do sistema político na garantia das condições de legitimidade do processo democrático.**

2) Participante do diálogo público inerente ao regime democrático: o processo judicial não se mostra como trincheira fechada à comunidade, ao contrário, forma ele *círculos comunicativos* que vão desde o juiz e as partes, passando pelos tribunais, doutrina, mídia, opinião pública e até poderes legislativos e executivo, ou seja, pode envolver toda a comunidade. Exerce, então, a função de *fórum público* sujeito a crítica e debate das questões decididas pelo Judiciário.

3) Abertura do processo judicial a qualquer pessoa e a estreita proximidade entre os juízes do processo e as partes.

4) Racionalidade das discussões e decisões públicas: como a democracia constitucional constitui-se num regime onde a comunidade é governada por decisões racionais, a legitimidade do judiciário decorre justamente do fato de que suas decisões são obrigatoriamente motivadas, cuja argumentação permite uma crítica social e controle público, exercido este seja através dos recursos, seja através do próprio legislativo através de emendas constitucionais.

A questão que se coloca, então, é como ordenar uma convivência harmônica entre os órgãos de representação democrática e o Poder Judiciário, considerando que ambos possuem poderes e competências justapostas na concretização do sistema constitucional de direitos fundamentais?

Segundo Mello (2004), a resposta estaria no encontro do equilíbrio, porquanto não se pode tolerar a supremacia de um parlamento indiferente ao programa constitucional, nem tampouco restringir aos juízes o monopólio da interpretação constitucional, asfixiando a cultura republicana.

A igual conclusão chega Sarmiento (2010). Após reconhecer que o mais eficiente remédio para a correção dos desvios democráticos é o maior envolvimento do próprio cidadão na esfera pública sugere um equilíbrio de atuações:

o sucesso da receita passa pela dosagem dos ingredientes: devem-se evitar tanto as limitações em excesso, que amesquinham o espaço de deliberação democrática da sociedade, como a falta de limites, que desprotege direitos básicos ponto em riso a continuidade da empreitada democrática. (SARMENTO, 2010, p. 563)

Segundo Mello (2004), seriam os juízes os artífices deste equilíbrio, desde que portadores de duas virtudes.

A primeira seria a *virtude dialógica*. Da premissa de que a jurisdição constitucional pertence a um *circulo comunicativo* onde a interpretação e aplicação das normas é feita e refeita por todos os atores responsáveis pela concretização da constituição, ter a consciência de que os juízes não são os responsáveis únicos pela construção dos sentidos dos valores constitucionais, mas peças integrantes do debate público necessário à paulatina construção destes sentidos. São assim corresponsáveis pela formatação do sentido.

Como segunda virtude, aponta a *virtude da modéstia*. Jamais poderiam ter os juízes a pretensão do exercício de um poder ilimitado ou incontrolável. Devem buscar um equilíbrio entre o ativismo judicial em favor dos valores constitucionais e a legitimidade democrática dos órgãos de direção política do Estado.

É nesta linha de preocupação que Sarmento (2010, p. 565) conclui:

a democracia não impede a intervenção judicial voltada à afirmação dos direitos sociais, mas antes a exige. Porém, o princípio democrático demanda que se reconheça um vasto espaço de liberdade de conformação do legislador nesta seara, revelando-se incompatível com compreensões que depositam no Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas correlacionadas à construção de uma ordem social mais justa.

Pode-se com isso dizer que a **soberania popular em uma democracia constitucional não é inexoravelmente unipolar, no sentido de que só pode manifestar-se através de órgãos democraticamente eleitos**. Em democracias como a brasileira, onde há uma previsão de instância jurisdicional de defesa dos valores protegidos constitucionalmente, a representação da soberania popular é bipolar (MELLO, 2004)

(...) na medida em que é compartilhada pela democracia deliberativa e pela jurisdição constitucional: a primeira concretiza na vida política da comunidade o programa constitucional; a segunda controla o respeito à

constituição, onde residem as normas fundamentais da comunidade política eleitas pelo soberano. Logo, os juízes, quando exercem a jurisdição constitucional, são também legítimos representantes da soberania popular, e esta representação se materializa justamente na função de guarda dos princípios e direitos fundamentais expressos na constituição. (MELLO, 2004, p. 188)

### 2.3.3 A teoria da “Reserva do Possível”

O direito é uma ciência prática e, como tal, somente se justifica se harmônica estiver com a realidade em que vive. Sua aplicação, portanto, deve ter em conta em realidade onde será aplicada. Assim, ainda que se deseje concretizar ao máximo às disposições constitucionais que prescrevem os direitos sociais, alheio o aplicador não pode estar da *possibilidade* fática e jurídica desta concreção, mormente em Estados, como o Brasil, onde a carência social, sob todos os aspectos, ainda se apresenta como marca preponderante.

Não será, pois, da melhor técnica legislativa ou jurídica que decorrerá, inexoravelmente, a concreção real de todos os direitos, pois estes *custam dinheiro*, o que faz pressupor a existência deste dinheiro. É com este fundamento que se erige a teoria da reserva do possível<sup>14 15</sup>.

E esta questão relativa a escassez de recursos leva a outro problema: numa realidade de escassez orçamentária escolhas devem ser feitas e, ao serem, inevitavelmente certas necessidades deixarão de ser atendidas. O ponto nodal do problema, todavia, parece não ser a inevitabilidade das escolhas – ainda que trágicas – mas sim a (pré) existência de um norte ao administrador ou legislador

---

<sup>14</sup> Como bem observa SOUZA NETO (2010), o conceito teve origem no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha através do julgamento de ação que objetivava a matrícula no ensino superior público, sob o argumento de que tratava de garantia necessária da liberdade de escolha da profissão. O pedido não foi acolhido sob o entendimento de que a garantia de direitos sociais dependia de disponibilidade de recursos. Justamente em razão do berço desta teoria ser um país central, com realidade marcadamente diferente da nossa, que críticas à sua irrefletida invocação tem sido levantadas.

<sup>15</sup> A ideia da reserva do possível divide-se em dois componentes: um fático e outro jurídico. O fático refere-se à efetiva disponibilidade de recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos gastos (BARCELLOS, 2008).

para estabelecer uma ordem de prioridade em suas ações. Surge então a pergunta: quais são as escolhas legítimas e quem tem legitimidade para tais escolhas?

Diante deste impasse, incomum não é a invocação desta teoria em demandas onde se pleiteiam direitos sociais prestacionais. Ocorre que num Estado Constitucional todas as ações do poder público, o que inclui as despesas públicas, haverão de estar necessariamente vinculadas às prévias escolhas já feitas pelo constituinte originário. A Constituição, muito mais do que estabelecer o procedimento formal da previsão orçamentária, definiu os fins que devem ser, prioritariamente, atendidos pelo Estado e (...) **a despesa pública é o meio hábil para atingir essas metas. Logo, por bastante natural, as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas na Constituição, de modo que também a ponta da despesa, que encerra o ciclo da atividade financeira, esteja submetida à norma constitucional** (BARCELLOS, 2008, p. 267).

Como se vê, larga não é a margem de discricionariedade do agente político em Estados onde, submetidos ao comando de uma Constituição voltada à concretização dos direitos fundamentais, o cenário social é marcado pela pobreza e desigualdade. As ações primeiras devem, porque já estabelecidas, estar voltadas a eliminação destes problemas e, só após, os remanescentes destes recursos poderão se sujeitar às opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento (BARCELLOS, 2008).

O poder de conformação legislativa existe. Através dele materializa-se a vontade popular, solidificando o regime democrático. Mas, como antes já exposto, esta vontade tem direção certa, que não é a defesa dos interesses da maioria ou tão-só da minoria, mas sim de toda a sociedade, fortalecendo-a. Logo, os contornos legislativos jungidos estão primeiramente à concretização das escolhas feitas pelo constituinte. Atendidas estas escolhas, delibera-se democraticamente o restante, sem jamais perder de foco e fundamento o plexo de valores constitucionalmente tutelados.

Isso autoriza a dizer que, citando Mello (2004, p. 163) :

(...) levar os direitos a sério significa que os direitos sociais não são imunes à política democrática, mas também que os órgãos políticos não possuem discricionariedade para concretizar o conteúdo dos direitos. Se não fosse

assim, os direitos fundamentais não seriam direitos, mas recomendações. E o elemento realmente distintivo do constitucionalismo moderado está em transformar os direitos fundamentais em verdadeiros direitos subjetivos da pessoa humana, no sentido forte da expressão.

Além disso, olvidar não se pode que a satisfação de todos os direitos envolvem custos, sejam direitos civis, políticos ou sociais. Exemplo disso é o sistema penal cuja razão de ser está assentada no direito fundamental a defesa. A despeito disso, enorme soma de dinheiro é destinada à manutenção do sistema penal. Da mesma forma, a garantia do exercício dos direitos políticos depende da instituição e manutenção de um amplo aparato burocrático encarregado de organizar o sistema eleitoral (MELLO, 2004).

Assim, para Barcellos (2008, p. 265):

A diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo, o argumento que afastava, *tout court*, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está muito acostumado a eles.

O que se pode perceber é também a interferência de fatores ideológicos a determinar – por decorrência de pré-conceitos – o que se entende por “fundamental” e prioritário.

Para Flavio Galdino (*apud* MELLO, 2004, p. 169):

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’(...) O argumento da ‘exaustão’ orçamentária presta-se unicamente a encobrir as escolhas trágicas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’.

Não há como negar tal interferência. Partindo-se do raciocínio que o contexto sociocultural em que se vive contribui sobremaneira para a formação de uma personalidade e, por consequência, para as escolhas do indivíduo e, sopesando o fato de que o poder político no Brasil sempre esteve – antes mais do que agora – representado por interesses individualistas alheios à preocupação com uma efetiva liberdade e igualdade, ingenuidade seria imaginar que aquela

concepção do mundo vivenciada pelos integrantes do “poder” – e não a real para a maioria da população – não surta reflexos nas decisões políticas adotadas.

Um exemplo atual destas escolhas emblemáticas é a própria aceitação do Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014. Sem desconsiderar a alegria para grande parcela da população brasileira, desprezar não se pode o custo que isso representará para o país. Só para a reconstrução dos estádios estima-se uma despesa que já ultrapassa a cifra de R\$10 bilhões<sup>16</sup>. Ora, se é certo que o direito ao lazer e diversão auxiliam na concreção das condições de uma vida com qualidade<sup>17</sup>, mais certo é que, numa realidade de carências, deve-se prioritariamente garantir aqueles direitos necessários à manutenção da própria vida.

A razoabilidade não pode deixar de nortear situações como estas. A se aceitar o arranjo orçamentário de modo a atender os interesses de simpatizantes dos esportes, que justificativas razoáveis podem ser invocadas para se negar ou limitar verbas à saúde, por exemplo? Ou, mesmo em se tratando do incentivo para os esportes, que justificativas haveria em não despender somas para, retirando os jovens da rua e das drogas, incentivá-los à prática desportiva fato que, inclusive, poderia moldá-los para uma atividade profissional nesta área? Parece valer o velho ditado: se pode o menos (diversão), deverá poder o mais (saúde, moradia, etc.).

Para Cunha Júnior (2006, p. 287):

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele "algo" existe e sempre existirá, só que não se encontra - este sim é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas

---

<sup>16</sup> Informação disponível em <http://www.copa2014.org.br/noticias/656/ESTADIOS+DA+COPA+PODEM+FICAR+300+MAIS+CARO+S.html>. Acesso em 20 de junho de 2011.

<sup>17</sup> Embora tudo leve a crer que a maioria da população brasileira sequer terá condições de adquirir os ingressos para os jogos da Copa, dado o alto custo dos mesmos.

concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex - Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.

Sarlet (2008) , inclusive, chega a ser enfático ao chamar de “falaciosa” a forma como tem sido utilizada a reserva do possível como negativa à intervenção judicial, mais servindo com desculpa genérica para a omissão estatal. Diz ele, então, que levar a sério tal argumento importa, face aos ditames do art. 5º. §1º da Constituição Federal, no dever do poder público comprovar a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos<sup>18</sup>, sobressaído daí ser a reserva do possível matéria de defesa, cujo ônus probatório é do Estado, de modo que terá ele que demonstrar a impossibilidade fática de custear esta despesa à generalidade das pessoas. Ressalta também a importância em considerar o princípio da proporcionalidade, que incide na sua dupla dimensão de proibição de excesso e de insuficiência, além de servir como parâmetro de controle dos atos do poder público.

Igualmente, Sarmiento (2010) entende que a reserva do possível não pode ser um impeditivo absoluto à intervenção judicial, mas antes um critério importante para servir de parâmetro para esta atuação. Ainda, segundo ele, dita teoria deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes. Ou seja, por decorrência do princípio da igualdade, a tutela judicial concedida deve ter condições de igualmente ser concedida a todos os que se encontrarem na mesma posição.

Voltando a questão acerca de quais são as escolhas legítimas e quem tem legitimidade para fazê-las, duas posições são apresentadas. Uma é que compete ao exclusivamente legislativo o qual, pela visão do conjunto e pela sua legitimidade democrática, teria melhores condições de fazer as opções necessárias ao atendimento da necessidade da sociedade. Outra posição é a de que não se pode

---

<sup>18</sup> Segundo KELLER (2007), a teoria da Reserva do Possível, que envolve a efetividades dos direitos sociais é uma construção dogmática que, por dar a entender que a existência dos direitos sociais está na dependência da existência de recursos financeiros, se mostra desprovida de valor jurídico. O óbice orçamentário, segundo expõe, expressa uma retórica que culminaria numa constituição sem vinculação jurídica alguma.

condicionar a eficácia dos direitos sociais ao orçamento, sob pena de submeter a força normativa da constituição à vontade do legislador. Segundo Sarmento (2010), tem-se que buscar um equilíbrio entre as duas posições. A ausência de previsão por certo deve ser considerada – ponderada diante do caso concreto –, mas pode ser superada pelas particularidades do caso.

Até porque, como ponderou Barcellos (2008), se a Constituição Federal já previu metas prioritárias, dentre as quais a preservação da dignidade humana, e são as despesas públicas o instrumento à consecução dessas metas, não pode o agente público ignorar aquela diretriz traçada constitucionalmente. Conclui então:

se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento (p. 268).

Nesta mesma linha de raciocínio Sarlet (2008) alenta, inclusive, acerca da possibilidade de intervenção judicial nas opções orçamentárias. Isso porque, segundo ele, o que tem ocorrido é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quando em termos axiológicos, ao se pretender obstar, de modo absoluto, a intervenção judicial neste plano, a ponto de privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais. Questões orçamentárias, assim, não seriam limites absolutos a direitos fundamentais, sob pena destes ficarem despidos de qualquer vinculação jurídica. Importa saber e não esquecer, diz SARLET (2008, p. 381) que:

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

Ainda:

Ao exercer o controle de políticas públicas, por violação estatal dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário realinha a conduta das demais formas de

expressão do poder estatal ao princípio da igualdade substancial, traduzido no art. 3º. da Constituição da República. Por consequência, o Poder Judiciário não paralisará a atividade declaratória de lesão ao direito por invocação da teoria da “reserva do possível”, mas aplicará o princípio da proporcionalidade para manter a integralidade do sistema jurídico, conferindo às populações marginalizadas o efetivo acesso à ordem jurídica justa (CANELA JUNIOR, 2011).

Portanto, do exposto acima parece ser possível chegar a duas conclusões:

A primeira é a de que não se pode desprezar a questão orçamentária. Constitui ela um limite real à concreção dos direitos sociais. O juiz deve ter a prudência e responsabilidade necessárias à buscar um equilíbrio entre a prescrição normativa, ainda que constitucional, com a possibilidade real de sua efetivação, sopesando no momento da aplicando (criação) da norma a existência de possíveis outros direitos que eventualmente possam ser atingidos, em especial de terceiros que se encontram em igual situação.

A segunda é que a *Reserva do Possível* não pode se constituir em argumento a ser abstratamente considerado. É matéria de defesa que exige por parte do Estado uma concreta demonstração da impossibilidade orçamentária, máxime quando se está a tratar de direitos constitucionalmente tutelados e, portanto, com prioridade de atendimento. Opções outras do administrador, em detrimento da prioridade já eleita pelo constituinte, relava-se ilegítima e, pois, passível da sindicabilidade judicial<sup>19</sup>.

#### 2.3.4 Falta de Conhecimento Técnico do Juiz

---

<sup>19</sup> Relevante aqui o estudo feito por Eduardo Mendonça (2010) no artigo intitulado “Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas” onde critica a postura do administrador de simplesmente “não gastar” a despesa orçamentária já aprovada, quando direitos e interesses protegidos pela Constituição estejam sendo esvaziados ou subconcretizados. Quanto às objeções acerca da interferência do Judiciário nas políticas públicas, sem as desprezar, reconhece que a Constituição Federal define direitos fundamentais cuja observância não é facultativa para o Poder Público, mormente quando se está a tratar de certos conteúdos mínimos desses direitos, cuja realização **não se encontra à disposição das maiorias e o Judiciário não age de forma ilegítima quando os protege, ainda quando a sua decisão venha a interferir no processo de alocação de recursos públicos**. Isso, assevera, não se trata de uma intervenção política do Judiciário, pois é tão jurídica quanto uma decisão que determina a restituição de um tributo reconhecido como inconstitucional, vale dizer, também aqui se cuida do reconhecimento de direitos definidos pela ordem jurídica, e não de uma caridade de Estado.

A questão diz respeito à judiciabilidade sobre matérias que digam respeito à questões orçamentárias (política públicas), a merecer uma análise técnica que ultrapassariam o conhecimento do juiz, que não saberia qual a medida mais adequada a tomar. Estas matérias, sustentam os críticos, devem ficar à cargo prioritário da administração, até em razão da maior margem de discricionariedade existente no processo decisório e, pelo fato da possibilidade em dialogar com um espectro mais amplo da sociedade, angariar um maior número de informações a proporcionar uma solução mais ajustada à realidade.

A problemática, então, para Abramovich e Courti (2004, p. 128) decorreria de

analizar em qué medida um mecanismo de solución de conflictos como el proceso judicial, em el que una parte gana y la outra perde, puede resultar idóneo para resolver una situación em la que confronten numerosos intereses individuales y colectivos.

A despeito disso, Abramovich e Courtis (2004) observam que não há uma definição exata ou absoluta acerca do caráter político ou técnico de uma questão, de modo a se extrair uma linha demarcatória exata entre elas e as questões jurídicas e que nem todas as obrigações em matérias ligadas aos direitos sociais, econômicos e culturais se revestem de questões políticas ou técnicas, sem se olvidar ainda que a partir da própria conduta estatal se pode tornar jurídica uma questão política ou técnica.

Com efeito, não se pode negar a existência de um considerável grau de indefinição acerca do que é exclusivamente técnico, somado ao fato de que, ainda que técnica seja questão, não pode ela se revestir de caráter impeditivo à apreciação judicial, seja porque nada pode ser vedado desta apreciação diante de uma lesão ou ameaça a direito (art. 5º,XXXV da CF), seja porque a não é incomum outras questões de maior complexidade técnica serem comumente objeto de demanda judicial, como ocorre, a título de exemplo, com as controvérsias em torno de processos licitatórios cuja ponto principal da lide reside justamente na análise de questões técnicas.

O que se percebe, então, é que o processo judicial não é incompatível com estas matérias. Nele há possibilidade de perícias, *amicus curiae*, audiência pública

com especialistas, sem contar que a administração pode apresentar argumentos técnicos para corroborar no convencimento do juiz.

Ademais, como bem observa Souza Neto (2010, p. 530), **uma decisão judicial debatida, que seja o resultado de múltiplas informações e influências, é preferível a uma decisão que, embora se apresente como técnica, seja incapaz de se justificar publicamente.**

A tecnicidade do tema não é, portanto, o impeditivo, e nem pode ser, como acima visto. A real dificuldade reside na (in)capacidade em se conhecer a matéria objeto de análise, porém, a incapacidade supre-se com informação, havendo mecanismos vários para propiciar ao magistrado uma gama suficiente de elementos aptos à formação de um juízo de convencimento adequado à complexidade do tema.

Aliás, este processo de construção do conhecimento do juiz ultrapassa os contornos da lide e deve ser buscado além e até mesmo antes do processo.

Souza Neto (2010, p. 534) bem chama a atenção para este problema ao versar que:

quer se trate de direitos políticos, quer se cuide de direitos sociais, as tarefas que o Judiciário vem assumindo contemporaneamente demandam do juiz outro tipo de formação. O juiz contemporâneo não pode mais se restringir ao conhecimento dos textos legais. Para assumir essas graves incumbências, deve ser capaz de analisar relatórios técnicos, de interpretar dados econômicos, sociológicos e políticos; deve poder lidar com um conhecimento multidisciplinar. Decidir sobre políticas públicas exige a superação da formação bacharelesca que ainda predomina no ensino jurídico brasileiro. O juiz contemporâneo deve, sobretudo, aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas.

### **2.3.5 A desigualdade quanto ao acesso à justiça**

A crítica funda-se no fato de que a ingerência judicial nas políticas aumentaria ainda mais a desigualdade social. Isso porque, partindo do princípio de que o acesso à justiça ocorre em maior parte pela classe média, a tutela concedida aumentaria ainda mais a concentração de renda a dita classe, em prejuízo aos menos favorecidos.

Segundo Souza Neto (2010), este argumento incorre numa falácia, pois utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. De fato, ao invés de apontar soluções a um acesso mais amplo ao judiciário, opta-se por podar de todos o acesso, o que não se mostra razoável.

A solução não se encontra na obstaculização do acesso mas, pelo contrário, em formas de ampliá-lo aos pobres, como a criação de leis que alberguem o acesso ao judiciário de forma simples e gratuita. Exemplo claro disso se encontra com a publicação da Lei n. 12.153/2009 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Somado a isso, deve-se também promover uma melhor estruturação das Defensorias Públicas e se cobrar uma ação mais efetiva por parte do Ministério Público.

### **2.3.6 O conteúdo aberto e indeterminado dos dispositivos que prescrevem os direitos sociais**

Incomum não é suscitar, como obstáculo à imediata aplicabilidade dos direitos sociais o fato deles estarem previstos em dispositivos marcados por um conteúdo aberto e indeterminado, fato este que clamaria pela prévia intervenção legislativa.

Ainda que correta seja a assertiva da característica dos dispositivos, daí não pode decorrer, ao menos no ordenamento jurídico nacional, a conclusão de que a prévia ação do legislador ordinário se faça necessária, até porque tal entendimento tornaria letra morta as disposição do art. 5º. par.1º. da Constituição, que confere plena eficácia e aplicabilidade direta e imediata a tais normas, sem se olvidar ainda e que pelo nosso sistema jurídico constitui *missão indeclinável dos juízes e tribunais* dar tutela a qualquer lesão ou ameaça a direito, nem que para isso tenha, em caso de lacunas ou omissões, socorrer-se da analogia, costumes e dos princípios gerais do direito, máxime quando sempre haverá – a despeito da fluidez do texto – um núcleo essencial incontestável à impor sua obediência.

Oportuno aqui lembrar Eros Grau (*apud* Cunha Júnior, 2006), para quem:

O juiz não é, tão-somente (...) a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, em assim, o membro do Poder Legislativo -, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um *poder-dever*. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação(atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

Por isso, conclui Cunha Júnior (2006), ser muito mais ideológico do que científico a objeção relacionada à necessidade de lei garantir o exercício dos direitos sociais definidos em termos fluídos ou vagos.

### 2.3.7. Considerações parciais

Diante de todo o exposto percebe-se que as críticas lançadas não possuem força suficiente para limitar ou obstar a jurisdição constitucional no âmbito dos direitos sociais. Estes direitos, como largamente exposto, refletem escolhas feitas e encartadas no texto constitucional, de modo a tornar sua implementação obrigação de todos, aqui se incluindo o Judiciário. Como bem pondera Cunha Júnior (2006, p. 275):

Não podem ser simples aspirações, ideais ou esperanças eternamente insatisfeitas ou, ainda, mera retórica política ou pura proclamação demagógica. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa e plena efetividade dos direitos fundamentais, inclusive os sociais. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estereis ante uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora, que tem proporcionado uma radical mudança paradigmática que envolve a idéia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam.

Esta nova postura da jurisdição constitucional, portanto, não decorre de uma desmotivava e in consequência postura dos juizes. É reflexo de uma realidade social carente de tutela e cansada dos desmandos e omissões, daí gerando uma nova roupagem constitucional mais preocupada com esta classe de excluídos. Por consequência, o polo de tensão, antes centrado no Legislativo e Executivo, passa ao Judiciário, que é incessantemente chamado a responder ao reclamo daquela da população.

Por isso, como bem pondera Streck (2008, p. 141):

(...) em países de modernidade tardia como o Brasil, na inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo (mormente no âmbito do direito à saúde, função social da propriedade, direito ao ensino fundamental, além do controle da constitucionalidade das privatizações irresponsáveis, que contrariam frontalmente o núcleo político-essencial da Constituição), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos fundamentais de várias dimensões.

Todavia, observa também Streck (2008) que tal postura judicial não se confunde com autorização para decisionismo ou assenhramento da Constituição pelos Tribunais, representados **em subjetividades assujeitadoras, enfim, em axiologismos que, no seu cerne, são antidemocráticos.**

Justamente em razão desta preocupação lançada pelo citado autor gaúcho que não se pode negar a devida importância a todas as críticas lançadas à jurisdição constitucional. Ainda que elas não obstaculizem a judicialização dos direitos sociais, constituem matéria-prima para a formulação de parâmetros da atuação judicial, proporcionando às decisões um maior grau de racionalidade, indispensável que é tanto ao acerto das mesmas, como ao seu controle e legitimidade.

A análise destes parâmetros é o que se procurará mais adiante fazer, após abordar, ainda que sem muita profundidade, a questão afeta ao direito à saúde, particularmente como tem a ordem jurídica tratado tal tormentoso tema e como tem a doutrina dado soluções aos problemas decorrentes de sua aplicabilidade, máxime num momento em que a população passa a integrar em seu plexo de valores formadores de seu ser a consciência de que tem direito à saúde e que este direito pode ser exigido, inclusive contra o Estado.

### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Antes de estudar os parâmetros norteadores da atividade jurisdicional quando chamada a tutelar os direitos sociais, mister se faz – até mesmo diante da limitação deste trabalho – adentrar no tormentoso tema afeto ao direito à saúde, cuja importância desmerece argumentação ante a notória relação com o princípio da dignidade da pessoa humana e sua igual notória dificuldade de concreção numa realidade tão carente como a brasileira, no sentido mais amplo da expressão.

Cumprido, pois, iniciar a abordagem com a análise de como o ordenamento pátrio tem tratado normativamente o tema relacionado à saúde.

Pois bem, a Constituição Federal expressamente consagra, em seu artigo 196, a saúde como (...) **direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

O art. 197, por sua vez, apregoa ser **de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

Com propósito regulamentador destes dispositivos constitucionais foi editada a Lei 8.080/90 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos seus serviços correspondentes, constando ali expressamente que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o

trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Destes dispositivos retro citados algumas observações merecem ser feitas. Primeiro, a própria lei regulamentadora reconhece a saúde como direito fundamental (art. 2º) para, em seguida, impor ao Estado o dever de prestá-la mediante políticas públicas direcionadas à redução dos riscos de doenças e, frise-se, também mediante o **estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação**.

Para se desincumbir deste encargo instituiu-se o Sistema Único de Saúde (art. 4º) que possui, entre os seus objetivos, **a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas** (art. 5º, inciso III), estando ainda incluída no seu campo de atuação a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I d).

Interessante anotar que dentre os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde previstos estão<sup>20</sup> o acesso universal aos seus serviços (inciso I), a integralidade da assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (inciso II); a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral (III) e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie(IV).

No tocante à universalidade de acesso, segundo grande parte da doutrina e também dos tribunais, não faz ela decorrer uma gratuidade da prestação. Segundo Henriques (2010), se, por um lado, for exigido contraprestação daqueles que não possuem condições financeiras suficientes seria fazer do acesso universal tabula

---

<sup>20</sup> Art. 7º da Lei Federal 8080/90

rasa, por outro, não exigir dos mais abastados, desrespeitar-se-ia o princípio da igualdade material.

O sistema público de saúde no Brasil só é gratuito porque assim decidiu o legislador quando da aprovação da Lei 8.080/90. Todavia, observa Henriques (2010) que tal gratuidade somente é aplicada aos serviços amparados pela Lei 8.080/90. Logo, para aqueles pleiteados em juízo e não previstos na legislação infraconstitucional seria requisito indispensável a comprovação da necessidade financeira. Ainda segundo Henriques (2010, p. 830), aliás:

o teor do inciso I do parágrafo único do art.194 da Constituição da República reforça o argumento contrário à gratuidade necessária. Ao tratar da seguridade social – gênero da atividade estatal em que incluídas a saúde, a previdência e a assistência -, previu o constituinte ser um de seus objetivos a cobertura e o atendimento universais. Ora, se o ideal de universalidade realmente acarretasse de forma obrigatória a gratuidade do serviço público ofertado, não poderia ser aplicado à previdência social, reconhecidamente dependente que é do pagamento de contraprestações pecuniárias.

Relativamente ao princípio da igualdade previsto no art. 196, duas conotações dele podem ser extraídas: i) deve-se impedir qualquer forma de discriminação e privilégios e ii) se todos os usuários devem receber cuidado e tratamento idênticos, vedado está qualquer medida judicial que não possa – diante da inviabilidade econômica ou porque imediatamente excludente de direito alheio – ser estendida a todos que se encontrem em situação similar (HENRIQUES, 2010, p. 832).

Deve o juiz, assim, analisar se a demanda pleiteada pode ser estendida a todos os quem se encontrem em igual situação, vale dizer, ainda que se trate de demanda individual, o bem pleiteado deve ser analisado também tendo como premissa o bem comum, de modo a impedir que a concessão do primeiro obste ou interfira no último.

Henriques (2010), em seu artigo já citado, ilustra a questão com exemplos reais, como a ordem de internamento em hospitais especializados em desrespeito a fila de espera, o que confrontaria com a situação daqueles outros pacientes que já se encontram na fila. Sugere, para este caso específico, que sejam sindicalizados os critérios definidos para a fila ou, então, o ajuizamento de ação coletiva para corrigir discrepâncias no nível de assistência ofertado.

Aliás, os Tribunais de Justiça têm bem enfrentado tais situações. Urge citar:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. RETRANSPLANTE DE FÍGADO. O JUDICIÁRIO NÃO É O ÓRGÃO CAPACITADO PARA PROMOVER A ESCOLHA DE PACIENTE EM SITUAÇÃO MAIS GRAVE, O QUAL DEVE TER PREFERÊNCIA NA LISTA DE ESPERA PELO ÓRGÃO DO QUAL NECESSITA, EM DETRIMENTO AOS DEMAIS PACIENTES. PROVA DO RISCO DE MORTE. ART. 24, §5º, DO DECRETO 2.268/97. PACIENTE QUE SE ENQUADRA NAS SITUAÇÕES DE URGÊNCIA MÁXIMA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA PARA QUE A AGRAVANTE SEJA INCLUÍDA NO ROL DOS CASOS DE URGÊNCIA MÁXIMA (ART. 527, III, DO CPC). (Agravado de Instrumento Nº 70012715108, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 24/08/2005, DJ 30/08/2005)

AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRETENSÃO DO AGRAVANTE DE REALIZAR IMEDIATAMENTE O TRANSPLANTE DE FÍGADO - TRANSFERÊNCIA DO 30º PARA O 1º LUGAR DA FILA DE ESPERA - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVANTE ACOMETIDO DE COLANGITE ESCLEROSANTE PRIMÁRIA - HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NO ARTIGO 40, DA PORTARIA 3.407/98, QUE TRATA DOS CASOS DE URGÊNCIA DO TRANSPLANTE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA, NOS TERMOS DO ARTIGO 8º, DA LEI 1.533/51 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE ASSEGURADO A TODOS OS QUE ESTÃO NA FILA DE ESPERA - AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO(TJPR - I Grupo de Câmaras Cíveis - ARC 143129-6/01 - Curitiba - Rel.: Salvatore Antonio Astuti - Unânime - J. 04.09.2003).

Relativamente a este último julgado, importante, pelas razões esboçadas, expor parte do voto do Relator, Des. Salvatore Antonio Astuti:

Mas, neste caso, as razões apresentadas pelo recorrente confrontam com o direito à saúde dos demais indivíduos em lista de espera? Parece que sim. Diz o recorrente ter o direito a ser um dos primeiros da lista em detrimento dos demais, dizendo que se fossem cumpridas as determinações da Portaria do Ministério da Saúde n.º 1.160/2006 ele estaria em melhor colocação para receber o transplante de fígado.

Todavia, mesmo que existisse uma situação favorável para o atendimento deste direito fundamental, e que a realidade fosse (de acordo com o ideal desejável), o número igual entre as pessoas à espera e o número de órgãos disponíveis a serem transplantados; mesmo com a discussão social, o apoio e campanhas promovidas pelos governantes, a equação não é igual, pois a doação de órgãos depende de outros fatores sociais, que fogem à esfera impositiva do Estado. Mas, continuando, ainda assim, imaginando uma situação mais favorável aos que se encontram nas listas de doação de órgãos, seria de imperiosa condição a existência de um conjunto de elementos a melhor atender o direito fundamental à saúde.

Neste particular, a Portaria 1160/2006 do Ministério da Saúde procura

diminuir a distância existente entre a espera do paciente e o melhor atendimento ao direito fundamental já mencionado, quando modificou o critério de distribuição de órgãos (fígado) para transplante, visando atender prioritariamente, os casos de maior gravidade de estado clínico do paciente, dentro de parâmetros de aferição de expectativa de vida.

E neste diapasão, as condições físicas do recorrente, que apresenta extrema dificuldade e fragilidade de sua saúde (até mesmo pelo sofrimento que experimenta) são as mesmas condições enfrentadas pelos demais indivíduos que se encontram à espera do transplante, sejam em posição anterior ou posterior à sua, daí porque não ser correto dizer que o recorrente tem o direito à posição diferenciada na fila para o transplante em detrimento dos demais.

Observa Henriques (2010), por fim, que como estas questões relacionadas ao desrespeito à igualdade constituem-se em fatos impeditivos do direito *prima facie* do demandante, caberá ao poder público demonstrar a impossibilidade de extensão da providência pleiteada, bem como o prejuízo imediato que adviria a direito alheio se atendida à pretensão.

Relativamente à integralidade dos serviços do SUS, importante se faz a atenta leitura do art. 7, inciso II da Lei 8080/90, pois, segundo ela a integralidade constitui-se no **conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.**

Deste dispositivo decorre duas ideias distintas: i) a complementaridade necessária entre ações preventiva e curativas e II) a obrigatoriedade da atuação estatal resolutiva, seja qual for o nível de complexidade dos serviços exigidos no caso concreto. Ou seja, o sistema de saúde deve preferencialmente dar atendimento antes do acometimento da doença, porém, vislumbrando-se esta deve igualmente atender, independentemente da complexidade (HENRIQUES, 2010, p. 834).

Não parece defensável, assim, a sustentação de que o atendimento do Sistema Único de Saúde deve ser restrito às ações preventivas. Primeiro porque tal posição contraria a lei. Esta, como visto, fala em conjunto articulado de serviços preventivos e curativos, ainda que prioritariamente deva o Estado se preocupar com as medidas preventivas. Segundo porque não dar atendimento às medidas curativas seria o total desprezo a princípios outros, como o da dignidade da pessoa humana, sem se olvidar aqui que **as normas jurídicas sobre saúde são protegidas pela**

**máxima da efetividade, de maneira que devem ser compreendidas no sentido mais amplo para dar a maior cobertura possível.** (FRANCISCO, 2010, p. 865)

De se observar, todavia, que assistência integral não é sinônimo de assistência irrestrita e ilimitada. Ainda que deva o SUS atender a todos, tal atendimento deve ocorrer de acordo com as normas técnico-científicas e parâmetros racionalizadores, sob pena de revelar-se ineficaz sob o aspecto terapêutico, tornar-se economicamente inviável e vir a privilegiar alguns poucos em detrimento de muitos (HENRIQUES, 2010, p. 835). Nessa linha de raciocínio, adverte Henriques (2010), impossível seria conceber o custeio de tratamentos experimentais (sem comprovação científica e sem consenso na comunidade científica), o fornecimento de medicamentos não aprovado pela vigilância sanitária nacional (não poderia o juiz substituir-se à autoridade técnica e, com fundamento na prescrição médica particular, determinar a aquisição compulsória).

Assim, ainda segundo Henriques (2010, p. 837):

constitui limite natural ao dever estatal de prover prestações de saúde o estágio de desenvolvimento da Medicina no país. Destarte, se é verdade que o Poder Público está obrigado a fornecer tratamento adequado independentemente de sua complexidade, parece evidente que tal obrigação cinge-se às terapias disponíveis, ao padrão de atendimento possível e aos recursos materiais e humanos existente no território nacional.

Ademais, a contínua evolução das pesquisas científicas tornam faticamente impossível o SUS acompanhá-las, sem contar que, além dos custos maiores destes novos medicamentos e tratamentos, nem sempre estes apresentam eficácia extremamente superior se comparados àqueles já existentes. Portanto, cabe ao administrador avaliar a incorporação do medicamento e tratamento, cabendo ao juiz declarar a invalidade da decisão somente quando se mostrar desarrazoada, conforme assevera Henriques (2010, p. 839).

Lícito concluir, pois, que, em demanda por remédios não fornecidos usualmente pelo SUS, é ônus do autor comprovar ter seguido os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos para o tratamento de sua enfermidade – ou que não o fez por saber de antemão que tal proceder seria inócuo. Se ainda assim não obteve o resultado satisfatório, enquadrando-se na parcela normalmente pequena de pacientes resistentes às terapêuticas de prescrição usual, aí sim poderá fazer jus a tratamento distinto, desde que sua pretensão atenda aos demais critérios de justiça já

elencados e explicitados. Indispensável, pois, que o demandante comprove não só sua necessidade financeira, como também sua necessidade médica.

Portanto, a incorporação legislativa do dever estatal no tocante à prestação da saúde não deu liberdade ao ente público para agir sem diretrizes pré-determinadas, ao contrário, todas suas ações estão pautadas pelos critérios normativos acima transcritos, o que importa em dizer que a implementação de políticas e ações voltadas às áreas da saúde devem, necessariamente, atender a população de forma universal e igualitária, garantindo um atendimento integral não só preventivo, mais igualmente curativo, o que inclui, por evidente, o farmacêutico.

Ponto de extrema importância, todavia, e que muitas vezes não merece a devida atenção pelos administradores públicos é o fato de que o atendimento a ser prestado não pode ser somente universal, igualitário, gratuito, preventivo e curativo. Exige-se mais. Exige-se do Estado uma sensível postura geradora de um agir humanizante, onde o beneficiário do serviço não é visto como um encargo estatal, mas como um ser singular cujo valor – hierarquicamente superior a qualquer outro - decorre de seu simples existir. Nesse sentido, destaca Carvalho Fortes (2011, p.31):

Humanizar na atenção à saúde é entender cada pessoa em sua singularidade, tendo necessidades específicas, e, assim, criando condições para que tenha maiores possibilidades para exercer sua vontade de forma autônoma. Segundo Rech (2003), é tratar as pessoas levando em conta seus valores e vivências como únicos, evitando quaisquer formas de discriminação negativa, de perda da autonomia, enfim, é preservar a dignidade do ser humano.

Entretanto, da clareza normativa de nosso ordenamento não decorre a simplicidade de aplicação prática, ao ponto, aliás, de Torres (2009, p. 246) afirmar que

a lei 8.080 de 19.9.90 (art.43), entretanto, que instituiu o Sistema Único de Saúde criou a utopia da gratuidade das prestações públicas nessa área, desarticulando inteiramente a ação estatal e piorando consideravelmente o atendimento ao povo.

Então, como dar efetividade a tais comandos e princípios num cenário fático marcado por uma complexa e numerosa gama de necessitados de atendimento? Tem condições o Estado de atender todas estas necessidades, de modo a legitimar

uma ação judicial interventiva? Será que realmente o SUS criou uma utopia de gratuidade? Insta analisar, então, o que tem sugerido parte da doutrina nacional.

Ana Paula de Barcellos (2008), ao abordar a questão, reconhece que existe um conjunto de condições mínimas que seriam exigíveis diante do Judiciário, estando os demais poderes obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, que fariam parte do mínimo existencial:

as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.

(...)

A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação da saúde com fundamento na constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido (BARCELLOS, 2008, p. 304).

Vale dizer, tratando-se do mínimo existencial haveria uma eficácia positiva ou simétrica das normas constitucionais relacionadas ao direito à saúde, o que importaria numa abertura à atividade jurisdicional implementadora do conteúdo do núcleo da dignidade da pessoa humana. Fora destes limites – mínimo existencial – estaria o Judiciário condicionado à prévia intervenção legislativa reguladora.

Ocorre que Barcellos (2008), ao procurar definir este mínimo implementável juridicamente, aponta uma série de dificuldades. Diz que em muitos casos o mínimo não admite gradações, dado seu limiar com a morte, ou seja, ou se é ofertado o tratamento adequado, obtendo-se a cura ou não se faz, com a consequente morte do indivíduo, frisando, ainda, que em sendo este o critério eleito – cura -, praticamente toda e qualquer prestação de saúde poderá ser enquadrada como mínimo.

Daí é que sugere a autora que a determinação do mínimo existencial deve estar relacionada às **prestações de saúde disponíveis** e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, reconhecendo, porém, que na definição de quais seriam estas prestações escolhas **trágicas** seriam inevitáveis, porquanto em muitas vezes não haveria a possibilidade de se exigir judicialmente a prestação necessária ao restabelecimento ou a manutenção de sua saúde.

Propõe então dois parâmetros: o primeiro relacionado com o custo da prestação de saúde e o benefício que ela poderá proporcionar para o maior número de pessoas, ou seja, pretende-se com o menor custo atingir o maior número de pessoas. Um segundo parâmetro seria a inclusão no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitem (p.ex. atendimento no parto e pós-natal, saneamento básico, doenças típicas de terceira idade, como hipertensão, o diabetes, etc). Assim, **a lógica desse critério é assegurar que todos tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** (BARCELLOS, 2008, p. 312).

A racionalidade da proposta apresentada pela autora não pode ser negada. Ocorre, porém, que o perigo da racionalização excessiva tende, muitas vezes, a se afastar do próprio objeto de análise, no caso, o **mínimo** existencial e, quando se está a falar de mínimo, pequena é a margem possível para uma racionalização integradora de conteúdo.

Com efeito, poucos dissensos existem acerca do significado de mínimo existencial, sendo ele normalmente associado ao núcleo da dignidade da pessoa humana, donde o desrespeito ao mínimo gera-se inexoravelmente a violação da dignidade, sendo certo que existe um razoável consenso acerca do que seja um padrão – também mínimo - de dignidade.

Ora, se assim ocorre – e lembrando a citação acima feita no sentido de que nas sociedades pobres, o que está em risco não é a qualidade de vida, mas a própria vida – não se mostra possível e razoável forjar uma compreensão de mínimo existencial que não atenda, como o própria expressão sugere, o mínimo, que é a vida do indivíduo.

Não se nega que todos os direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição - educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados – constituem-se em elementos necessários à perfectibilização da existência digna. Ocorre que – e sem pretender um escalonamento hierárquico de direitos – não se pode qualificar o inexistente, ou seja, para dar o qualificativo de digno à vida humana, há de se ter a vida. A vida, o existir, deve constituir o núcleo

intangível e a este existir agregar-se-ão qualidades indispensáveis ao bem estar físico e mental da pessoa, segundo as possibilidades existentes.

É verdade que – pelas insuficiências orçamentárias – escolhas devem ser feitas. *Escolhas trágicas* existirão, mas jamais se poderá conceber que permitam elas o aniquilamento da vida pois, a isso se autorizar, todo o discurso próprio do *neoconstitucionalismo*<sup>21</sup> não passará de retórica distanciada do escopo a que defende.

Interessante proposta é aquela apresentada por Gustavo Amaral (2010, p. 119).

As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa poderá ser apenas a existência de circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá espaço para escolhas, devendo o Estado estabelecer critérios de alocação dos recursos e conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.

Adota o autor, portanto, **o critério da essencialidade e excepcionalidade onde o grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana**. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será o grau de essencialidade, conseqüentemente, mais excepcional será a razão para que ela não seja atendida. Então, **cabará ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima** (AMARAL, 2010, p. 119).

---

<sup>21</sup> Segundo Luis Roberto Barroso (2008), “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Sem jamais afastar-se do acima defendido – no sentido de que escolhas não podem legitimar a morte – a proposta de Gustavo Amaral (2010) apresenta-se mais próxima de uma possível equalização entre o mínimo existencial e a legitimidade do Judiciário intervir para sua concreção. Até porque, sem exclusões *a priori*, possibilita que diante de um caso concreto seja analisado o grau de essencialidade da medida, albergando-se ali ao Estado demonstrar o porquê se recusa a prestar o atendimento. De se perceber que, com esse critério, poder-se-á, no mínimo, analisar se está a ocorrer uma recusa legítima.

### 3.1. O REGIME CONSTITUCIONAL DA SAÚDE: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Muito se avançou após 1988, aliás, o progresso social tem se mostrado uma constante. Talvez pudesse - e devesse - ser ainda maior. Mas o fato é que, ainda que em passos lentos, avança-se e, tal avanço, se constata em todas as áreas sociais. A principal responsável por tal avanço é, jamais se pode esquecer, a Constituição Federal. Seus propósitos conferiram, numa brusca quebra de paradigmas, uma nova esperança ao povo brasileiro: a esperança de sentirem-se incluído num país que os reconhece como cidadãos titulares de direitos efetivamente exigíveis, especialmente em face do poder público.

Na área da saúde a transformação é marcante. Em interessante artigo, Moreira (2011) , ao fazer uma análise da saúde brasileira pós-Constituição de 1988, esboça quais seriam as principais vantagens desse novo regime constitucional em relação à saúde. Segundo ele, a primeira vantagem decorreria do fato da saúde aparecer pela primeira vez como direito fundamental (art. 6º.), o que constituiria na **transposição regular do mundo fático essencial para a preocupação e cuidados jurídicos**. Esta vantagem, já antes discorrida, tem o condão de afastar qualquer dúvida, em especial por parte do administrador público, acerca de qual deve ser a meta principal ao serem traçadas e executadas as políticas públicas.

A segunda vantagem residiria na universalidade do direito e no fato de ser ele um dever do Estado. Vale dizer, é agora um dever do Estado que se dirige em favor de todos, por isso universal, albergando a possibilidade de ser exigido por

ações judiciais, de modo a resultar numa dimensão objetiva a todos os brasileiros(MOREIRA, 2011). E a realidade tem evidenciado este fato. Tão grande era o abandono e a omissão do Estado que o povo, paulatinamente e na medida em que começaram a assimilar serem detentores de tal direito, passaram a exigí-lo judicialmente.

Também aponta o autor como vantagem o fato da Constituição de 1988 ter sido bastante dirigente nas políticas públicas. Preocupou-se ela com mínimos aspectos, como a gestão na saúde, investimentos mínimos, proteção a órgãos humanos entre os dispositivos conexos à saúde (MOREIRA, 2011). Aliás, esta é uma marca da Constituição brasileira. É totalmente detalhista em sua regulamentação. Mas isso não foi obra de descuido ou acaso. Não fosse uma cuidadosa e detalhada proteção, muitos dos direitos hoje já consolidados não o teriam sido.

Vantagem também é o fato do regime privado da saúde ter recebido o devido tratamento, qual seja, o de ser complementar ao regime público. Esta vantagem, segundo o autor, teria impedido que o regime de saúde nacional ficasse a mercê de hospitais particulares (MOREIRA, 2011).

Como quinta vantagem aponta a implementação do próprio SUS e de seus princípios norteadores, como o da universalidade de acesso aos serviços de saúde. Observa, aqui, outras vantagens decorrentes desta implementação, como:

- 1) A Equidade garantindo a igualdade de assistência a saúde a todos, sem preconceito ou privilégio de qualquer espécie;
- 2) A Descentralização política-administrativa, com hierarquização e direção única em cada esfera de governo dando ênfase à municipalização;
- 3) O Controle Social exercido pelos órgãos públicos controladores (TCU, TCE, MP, Poder Judiciário e Legislativo) mas com uma importância vital, através dos Conselhos de Saúde, composto de gestores (25%), profissionais de saúde (25%) e usuários (50%). (MOREIRA, 2011, p. s/n)

Uma sexta vantagem seria a mudança de tratamento do financiamento da saúde, representado pelo repasse de recursos do Governo Federal para Estados e Municípios, através do fundo de participação dos Estados e Municípios (art. 158 e ss da CF/88). (MOREIRA, 2011)

Assim,

O financiamento melhorou por uma previsão no texto constitucional dos percentuais mínimos de investimento na saúde, sendo esta uma das únicas duas exceções à não vinculação dos impostos (a outra é destinada à educação). Os investimentos na saúde estão discriminados no próprio capítulo (art. 198 da CF/1988 (LGL\1988\3)) para vincular o orçamento. Esta é uma tendência repetida pelo sistema de seguridade social e renovada na lei de responsabilidade fiscal. Os gestores criticam tais leis pelas amarras em que estão contidos, mas é inegável o salto de transparência e alocação rígidas dos gastos. (MOREIRA, 2011, p. s/n)

Indica como sétima vantagem o “Controle Social pós-SUS”, exercido pelos Conselhos de Saúde, Legislativo, Ministério Público e Judiciário. Relevante aqui a nota de participação popular nestes Conselhos de Saúde, porquanto **compostos de 25% de representação dos gestores, 25% de profissionais de saúde e 50% de usuários do SUS, com poderes estabelecidos na definição das políticas de saúde a serem aplicadas em cada instância de governo** (MOREIRA, 2011).

A oitava vantagem adviria da dupla dimensão do direito à saúde, qual seja, uma dimensão negativa, no sentido de impor respeito ao texto constitucional, e uma dimensão positiva ou prestacional, a qual imporá uma ação, um dever de dar efetividade ao comando constitucional. Segundo MOREIRA (2011, p.s/n):

Em uma estrutura teórica constitucional que ajuda a diminuir o espaço entre previsão constitucional e a realidade fática da saúde no Brasil aparece a percepção do direito à saúde nas dimensões defensiva combinada com a dimensão prestacional. Pela dimensão defensiva todos devem respeitar os comandos constitucionais e não podem realizar nenhum ato contrário ou impeditivo a realização da saúde. Só esta concepção, entretanto, não basta. Como defende Ingo Sarlet, o direito à saúde é um direito prestacional exigível diretamente do Estado por sua natureza jusfundamental que corresponde ao núcleo do mínimo existencial e pelas expressões que aparecem na Constituição: dever do Estado, garantido pelas políticas públicas. Esta garantia pelas políticas públicas é a sinalização do combate à omissão (...).

A nona vantagem – a qual coincide com o próprio tema do trabalho – residiria na possibilidade concreta do judiciário agir para a efetivação das políticas públicas na área da saúde (MOREIRA, 2011).

Por fim, como décima vantagem apontada, teríamos a descentralização da saúde e o atendimento prioritário para as atividades preventivas (MOREIRA, 2011).

Como se percebe, melhoras significativas advieram do novo texto constitucional. E, a bem da verdade, facilmente se constata tal melhora se compararmos o atendimento hoje prestado com o de outrora. Se está sim avançando, porém, ainda muito se tem a fazer. Ainda muitos desvios precisam ser corrigidos.

Por isso, também aponta Eduardo Ribeiro Moreira (2011), no mesmo artigo antes citado, dez problemas e desafios que precisariam ser superados. Seriam eles: (1) Financiamento da saúde; (2) Recursos Humanos; (3) Integração das redes (federal, estadual e municipal); (4) Municipalização (atenção básica e hospitalar); (5) Baixa resolutividade no setor público; (6) Setor privado contratado; (7) Alta e média complexidade: hospitais universitários; (8) Saúde suplementar; (9) Judicialização da saúde; (10) Má gestão, clientelismo, desvios de recursos e focos de corrupção. Analisemos, então, um a um destes pontos:

Quanto ao **financiamento público**, observa o ainda pouco investimento se comparado a outros países. No ano de 2007, teriam sido gastos com a saúde somente 3,36% do PIB, investimento este insuficiente frente a nossa realidade e distante de outras grandes nações, como seria o caso dos Estados Unidos(13,9%), Alemanha(10,8%) e Argentina(9,5%) (MOREIRA, 2011).

Para agravar ainda mais o quadro, tem-se constatado redução nos investimentos. Segundo o jornal “O Globo”, o montante efetivamente gasto com a saúde caiu de 1,76% do PIB para 1,66. Urge, pela importância, transcrever parte da matéria:

A grave crise no setor da Saúde reflete, entre outros problemas, escolhas do governo no rateio dos recursos federais. Desde 2000 — quando entrou em vigor a Emenda Constitucional 29, que estabelece um piso de gastos para o setor — até o ano passado, o montante de recursos efetivamente aplicados caiu de 1,76% do Produto Interno Bruto (PIB) para 1,66%, na contramão do espírito da lei. Levantamento realizado pelo GLOBO mostra que, na área social, o setor foi o que mais perdeu na comparação com os demais. Na Educação, os gastos subiram de 0,97% para 1,29% do PIB nesse período. Na Previdência, pularam de 6,3% para 6,9%, e na Assistência, de 0,45% para 1,06% do produto.

Os números da execução orçamentária mostram enorme diferença entre o que o governo se comprometeu a gastar e o que, na prática, foi destinado à Saúde. De 2000 a 2010, a diferença entre os valores empenhados (prometidos) no orçamento da Saúde e o que foi efetivamente gasto no

setor chega a R\$ 45,9 bilhões, sem considerar a inflação do período. Só em 2010, essa diferença foi de R\$ 6,4 bilhões.

Em 2010, se os valores empenhados no Ministério da Saúde tivessem sido efetivamente gastos no custeio do setor, a parcela do governo federal aplicada pularia de 1,66% para 1,83% do PIB. No ano passado, foram empenhados R\$ 67,328 bilhões e, gastos, efetivamente, R\$ 60,924 bilhões<sup>22</sup>.

Preocupante é o problema verificado. Além de baixo o investimento para a saúde se comparado a muitos outros países, nem todo ele tem sido efetivamente empregado. Vale dizer, ainda que tenha o governo previsto determinada soma para a saúde, empenhando-a, tem realmente gasto quantia menor, ao ponto de em dez anos – 2000 a 2010 – haver uma diferença a menor de R\$ 45,9 bilhões, sendo que somente em 2010 essa diferença foi de R\$ 6,4 bilhões.

Um segundo ponto indicado seriam os “**recursos humanos**” empregados na saúde, o que iria desde a baixa qualificação do pessoal responsável pelo atendimento, até a ausência de profissionais, isso derivado muitas vezes das baixas remunerações. Este problema se agrava no interior do país, onde há clara dificuldade de contratação de servidores e médicos, mesmo com uma remuneração adequada<sup>23</sup>.

Aliás, em pesquisa elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (IPEA, 2011), concretizada através de visita domiciliar realizada junto às famílias brasileiras entre o período de 3 a 19 de novembro de 2010, com a finalidade de conhecer suas percepções sobre a área da saúde, constatou-se que a falta de médicos é principal carência da rede pública de atendimento. Nesta pesquisa perguntou-se aos entrevistados sobre a melhoria prioritária para quatro dos cinco

---

<sup>22</sup> Disponível em [:http://oglobo.globo.com/pais/na-area-da-saude-gastos-estao-em-queda-3336782#ixzz1hpw5HbNR](http://oglobo.globo.com/pais/na-area-da-saude-gastos-estao-em-queda-3336782#ixzz1hpw5HbNR). Matéria publicada em 27/11/2011 e acessado em 28/12/2011.

<sup>23</sup> Segundo o “Correio do Brasil”, no início de 2010, “a falta de profissionais de saúde no interior do Amazonas fez com que a Secretaria de Saúde do estado abrisse vagas para médicos com salários que variam de R\$ 11 mil a R\$ 19 mil, para uma carga horária semanal de 40 horas. No Distrito Federal, por exemplo, o último concurso aberto na área anunciava salários de até R\$ 3.726 (20 horas)”. Ou seja, o que se vê é que para os locais mais distantes do Brasil, mesmo com bom salários não há interesse dos profissionais, o que redundará numa população desatendida. In <http://correiodobrasil.com.br/falta-de-medicos-leva-amazonas-a-oferecer-salarios-de-ate-r-19-mil/163919/>. Acesso em 28/12/2011.

serviços de saúde do SUS utilizados, a saber: i) atendimento em centros e/ou postos de saúde; ii) atendimento por médicos especialistas; iii) serviço de urgência e emergência; e, iv) distribuição gratuita de medicamentos.

Como conclusão,

para os três primeiros serviços, aumentar o número de médicos foi a principal melhoria sugerida. Para o atendimento em centros e/ou postos de saúde, quase metade dos entrevistados (46,9%) sugeriu que o número de médicos fosse aumentado; para o atendimento por médicos especialistas, 37,3% dos entrevistados fizeram essa mesma sugestão, percentual semelhante ao de entrevistados que sugeriram o mesmo em relação ao serviço de urgência e emergência (33,0%).

Para esses mesmos três serviços, as melhorias sugeridas em segundo lugar pelos entrevistados referem-se à redução do tempo de espera, em duas dimensões. Para os centros e/ou postos de saúde, 15,5% dos entrevistados responderam que para melhorar esse serviço o tempo de espera entre a marcação e a realização da consulta deveria diminuir. A mesma sugestão foi feita por 34,0% dos entrevistados quando questionados em relação ao atendimento por médico especialista. Quanto aos serviços de urgência e emergência, cabe lembrar que não há marcação de consultas. Ou seja, neste caso, não existe a dimensão de tempo de espera entre marcação e realização da consulta. Assim, nesse tipo de serviço a segunda melhoria mais citada foi a diminuição do tempo de espera para ser atendido, referida por 32,0% dos entrevistados. A diminuição da demora para ser atendido no dia da consulta, para os serviços de centros e/ou postos de saúde e para o atendimento por médico especialista, foi uma melhoria sugerida por 5,4% e 8,1% dos entrevistados, respectivamente. (IPEA, 2011)

Moreira (2011) aponta ainda como terceiro problema do SUS a **“integração das redes (federal, estadual e municipal)”**, que não estaria ocorrendo com facilidade, o que seria devido, em grande parte, pela dependência das questões políticas partidárias que, engessando os gestores, interfeririam e atrapalhariam na perfeita integração. Relata que **quando um regime de integração ocorre, por vezes é rompido ao final de um mandato ou por desistência da política pública do antecessor ou porque o outro ente público é rival na política** (MOREIRA, 2011).

É, em outras palavras, a política partidária interferindo na política pública. O problema é que tal disfunção, crônica e entranhada historicamente no poder político, não é fácil de ser corrigida. Só a mudança de consciência dos políticos pode reverter este quadro. Só quando passarem a compreender o real significado de interesse social e público que, frise-se, não se confunde com o interesse do partido.

Como quarto problema aponta a “**municipalização (atenção básica e hospitalar)**”, que seria um aspecto difícil na maioria dos municípios que não são metrópoles e que sobrevivem de repasse, o que também não afastaria as dificuldades das metrópoles. Tal problema faz ressurgir novamente a causa principal da deficiência do SUS: orçamento. Sem verbas ou verbas mal distribuídas, não há como se investir na saúde (MOREIRA, 2011).

A “**baixa resolutividade no setor público**” seria a quinta deficiência. Segundo o autor,

Os gestores de saúde se queixam, com propriedade, da burocracia e da baixa resolutividade que minimiza o raio de ações, ao menos com a rapidez e reposição desejada. Para evitar a corrupção, a descentralização esbarra num sistema que requer verificações e confirmações de cada movimentação financeira e a compra de material e poder de decisão no setor público com baixa resolutividade não acompanham as exigências que são suplantadas a cada dia. (MOREIRA, 2011, p. s/n)

É o dilema da administração: eficiência com lisura em suas ações. São os aspectos práticos e morais que precisam ser conciliados para bem atender o interesse público. A questão é: como conciliar tais aspectos? Como concretizar o princípio da eficiência com toda a carga burocrática necessária para a transparência do agir público? Como dar mais racionalidade para o agir da administração, sem desprezar princípios a ela inerentes, a exemplo das exigências pré-contratuais como a licitação para compra de equipamentos e medicamentos e os concursos públicos para contratação de profissionais<sup>24</sup>?

Percebe-se, ainda, a existência de métodos de gestão inadequados ou obsoletos. Em artigo de autoria de Raimundini e Souza (2003), intitulado “Análise do estado atual da gestão financeira em hospitais públicos no Brasil”, constata-se a existência de uma estrutura administrativa verticalizada nos hospitais, na qual não há otimização na comunicação entre as diretorias, gerando ações independentes voltadas para a área a que pertencem, sem observância das consequências que

---

<sup>24</sup> Em entrevista feita para a Folha de São Paulo, publicada no dia 14 de novembro de 2011, o médico Paulo Chap Chap, presidente do Conselho de Ensino e Pesquisa do Hospital Sirio-Libanês, ao ser questionado acerca da inadequação do sistema de gestão utilizados nos hospitais, disse que: “Contratação por concurso, estabilidade no emprego do funcionário público, licitação para as compras – tudo isso tira a agilidade da administração, a prontidão(...)”. Mas, é de se perguntar novamente: será que o Brasil está preparado para dispensar tais exigências?

poderiam gerar para as demais áreas. Ou seja, não se pensa no conjunto, como se um hospital pudesse sobreviver administrativamente com eficiência a partir tão só de suas partes (departamentos).

Neste artigo, então, os autores apontam os principais problemas que ocorrem na estrutura vertical das organizações hospitalares:

a) De natureza grupal e profissional, envolvem principalmente os médicos. Esses, por serem profissionais preparados para lidar com decisões individuais em relação aos pacientes, mostram-se resistentes quanto a acatarem normas disciplinares coletivas e a ouvirem sugestões ou recomendações quando estas vêm tanto da própria área(clínica) como da área administrativa e/ou de apoio. Dentro dos hospitais os médicos julgam-se independentes, revelando descomprometimento com a equipe e com a organização(...).

b) as decisões, geralmente, são encaminhadas para a diretoria da atividade, sendo que muitas delas poderiam ser tomadas por profissionais dos níveis intermediários. Isso facultaria à direção maior disponibilidade para desenvolver o trabalho de planejamento, de coordenação e de interlocução com as demais atividades, e dentro da própria atividade;

c) na atividade de apoio, não existe espírito de equipe, por ser o grupo bastante heterogêneo. Não se trabalha com a ideia que os paciente são os consumidores dos serviços prestados, principalmente nas funções de hotelaria do hospital, os quais devem ser oferecidos com qualidade;

d) a comunicação entre os funcionários de níveis diferentes apresentam falhas. Esse problema é mais evidente na atividade clínica, em que a enfermagem assume competências que são atribuídas aos médicos, ao mesmo tempo em que procura firmar sua posição dentro da hierarquia organizacional (CECÍLIO, 1997, GONÇALVES, 1998). (RAIMUNDINI; SOUZA, 2003, p.54)

Mais adiante concluem os autores que

esse quadro mostra que a estrutura organizacional vertical para a administração hospitalar está desgastada, resultando na ineficiência da associação das ações de cada atividade àquelas executadas por outras atividades para a realização do serviço; na improvisação de tomada de decisão; na ausência quase que completa de comprometimento com a capacidade instalada(...) (RAIMUNDINI; SOUZA, 2003, p.55)

Estes problemas acima relatados são reais e não se resolvem com o mero repasse de recursos financeiros. São, portanto, problemas que devem ser pensados também como meta prioritária.

Como sexto problema aponta o “**setor privado contratado**”. Diante da realidade fática, ainda há necessidade de cooperação e contratação do serviço privado, o qual **ainda é custoso e nem sempre se reverte para o bem público.**

Cita o autor o exemplo do hospital psiquiátrico do Rio de Janeiro que não ofertava as condições mínimas de atendimento e exigidas pelo poder público que o contratava. (MOREIRA, 2011)

Sétimo problema. **“Alta e média complexidade: hospitais universitários”**. Segundo MOREIRA (2011, p. s/n):

Os hospitais operam em, pelo menos, média complexidade, pois os equipamentos e os profissionais qualificados são exigidos em grande quantidade, mesmo em hospitais universitários. Estes ultrapassam o funcionamento voltado para os seus alunos aprenderem e passam a atender a população em geral, a qual conta com o serviço, como o HU de São Paulo. Essa operação envolve professores que dividem seu tempo entre o atendimento, a sala de aula e a clínica privada. Tudo isso passa por movimentos desencontrados e a maioria dos hospitais universitários não consegue atender os pacientes e cumprir seus objetivos educacionais.

A **“saúde complementar”** é indicada como oitava dificuldade. Isso em razão dos problemas de gestão e fiscalização no sistema privado. Não é incomum a intervenção pública nos hospitais privados, como também nos preços dos planos de saúde. O fato é que **a saúde suplementar nem sempre colabora da forma esperada e a possibilidade de maior ou menor lucro, devido a fatores econômicos externos, torna volátil o investimento que deveria ser certo em setor essencial** (MOREIRA, 2011).

Não se pode, aqui, deixar de anotar um problema relacionado à saúde privada. Ela sempre foi excludente. A ela somente se viabilizava acesso à classe média e alta da população. Isso, pois, não é novidade alguma e, à bem da verdade, serve justamente para proporcionar à população restante um melhor acesso à rede pública. Ocorre que ao próprio acesso da classe média, a despeito da melhoria de condições de vida desta, tem sido ofertado obstáculos. Exemplo claro deste problema é a excessiva demora para a marcação de consultas quando custeadas por tais planos.

Em pesquisa realizada pelo DATAFOLHA (2011), a pedido do Conselho Federal de Medicina, constatou-se que seis em cada dez beneficiários dos planos de saúde tiveram alguma experiência negativa com o plano, no último ano. As mais comuns são as relacionadas ao atendimento, como a demora e fila de espera.

De acordo com a pesquisa, as reclamações mais comuns estão relacionadas com a demora no atendimento ou fila de espera no pronto-socorro, no laboratório ou na clínica (26%). Percentual significativo dos entrevistados também relatou existir poucas opções de médicos, hospitais e laboratórios (21%) disponíveis para o atendimento de suas necessidades. Outros 14% relatam que tiveram que buscar a assistência no Sistema Único de Saúde (SUS) por conta da negação de cobertura ou restrição de atendimento do plano de saúde contratado.

Com relação ao atendimento médico, a principal queixa dos entrevistados é a dificuldade de marcar uma consulta (19%) e o descredenciamento do profissional médico procurado (18%). O excesso de burocracia foi outro ponto de reclamação dos usuários: 13% vivenciaram demora para a autorização de exames ou a liberação de guias, inclusive de internação e 12% tiveram negativa de cobertura de procedimento ou exame.

Pagamentos extras - A cobrança de valores adicionais, além da mensalidade, também foi apontada por 19% dos entrevistados, que tiveram de efetuar pagamento extra para garantir a realização de consultas, exames ou outros procedimentos. A pesquisa captou ainda relatos de usuários dos planos que tiveram que deixar um cheque caução para ser atendido, não encontraram vaga para internação, foram transferidos para outro hospital por determinação do plano e tiveram alta médica imposta pelo plano antes da determinação do médico<sup>25</sup>.

Talvez até pior do que a demora no atendimento é a interferência que os planos de saúde têm praticado em relação ao profissional médico. Na mesma matéria acima citada relatou-se, com esteio em estudo realizado também pelo DATAFOLHA, encomendado pela Associação Paulista de Medicina (APM) e pela Associação Médica Brasileira (AMB), que a maioria absoluta dos profissionais brasileiros denuncia interferências das empresas na autonomia dos profissionais, ou seja, do total de entrevistados, 92% dos médicos afirmam que os planos de saúde interferem em sua autonomia profissional principalmente com as glosas de procedimentos ou medidas terapêuticas (78%) e a interferência no número de exames e procedimentos (75%), sendo ainda citada por cerca de 70% dos entrevistados a existência de restrições às doenças pré-existentes e a interferência em atos diagnósticos e terapêuticos mediante designação de auditores.

Como nona dificuldade é apresentada a “**judicialização da saúde**”. Tal problema, que também foi apresentado como vantagem, é encarado pelos gestores da saúde como um mal, isso em razão da desorganização orçamentária para

---

<sup>25</sup> Estudo patrocinado pelo CFM e realizado pelo Datafolha que, no período de 4 e 5 de abril de 2011, ouviu 2.061 pessoas, distribuídas em 145 municípios e com idades de 16 anos ou mais. In <http://www.amhb.org.br/?op=conteudo&id=344>, acesso em 29/12/2011

atendimentos casuísticos(MOREIRA, 2011). Certamente este é um problema que merece enfrentamento, mas enquanto não for dada à saúde atenção devida, principalmente por parte do administrador público, não se há como escapar desta interferência, porquanto, é de se repetir, longe de invadir ou inovar, o judiciário nada mais faz do que dar efetividade à comando constitucional. O que há de se fazer, isso sim, é desde já aumentar a dose da racionalidade das decisões através de critérios seguros que pautem o agir do magistrado.

Por fim, como décima dificuldade encontrada, apresenta o autor a “má gestão, clientelismo, desvios de recursos e focos de corrupção”. Segundo MOREIRA (2011, p s/n):

A má gestão se caracteriza no desperdício e na negligência por parte da administração de política de saúde. O clientelismo desde o atendimento até a contratação preferencial ainda subsiste com força no Brasil. O desvio de recursos, detectados a posteriori pelo Tribunal de Contas e combatido pelo Poder Judiciário é ainda uma prática que repercute causando sérios prejuízos à saúde brasileira. Os focos de corrupção, nem sempre apreendidos, continuam a lesar a saúde pública e, conjuntamente com as demais práticas descritas, podem ser compreendidas por um comportamento imoral e criminoso que forma outro contínuo desafio brasileiro.

Clientelismo, corrupção, desvios de recursos. Cancros ainda existentes no poder público nacional, que contaminam todas as áreas, em especial aquelas onde é grande a soma de recursos em movimento, como é o caso da saúde. Ora se constata sobrepreço na compra de produtos<sup>26</sup>, ora são fraudes como a “máfia das sanguessugas”<sup>27</sup>, desvios e licitações simuladas, etc.<sup>28</sup>

Assim, de se perceber que os problemas relacionadas à área da saúde vão muito além daqueles derivados da sua “judicialização”. Ingenuidade, portanto, crer

---

<sup>26</sup> O Tribunal de Contas da União mostrou que, em 2010, o Ministério da Saúde pagou até 1.000% mais caro na compra de medicamentos para o programa Farmácia Popular. Ainda, os Hospitais Universitários, mantidos pelo MEC, também teriam comprado naquele ano insumos e medicamentos com valores superfaturados em quase 1.400%, ao ponto de, em cidades como Goioerê, nesse Estado do Paraná, o superfaturamento consumir cerca de 15% do orçamento. In <http://www.observatoriosocialdobrasil.org.br/Sobrepreco-na-compra-de-remedios-um-mal-nacional|206>. Acesso em 30/12/2011.

<sup>27</sup> Quadrilha que tinha como objetivo desviar dinheiro para a compra de ambulâncias.

<sup>28</sup> In <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?tl=1&id=1127871&tit=Irregularidades-na-saude-do-PR-abrem-investigacao-nacional>. Acesso em 30/12/2011

que uma recuada na postura judicial resolveria o problema. E a má gestão? E os repasses inexistentes, embora empenhados? E as fraudes, crimes, desvios, etc.? Talvez, e não se quer crer nisso, canalizar o foco dos problemas em somente um deles, seja interessante para alguns. Mas com isso longe se estará de ultrapassar os obstáculos necessários à viabilização de um atendimento digno à população.

### 3.2 O Direito à Saúde e o Supremo Tribunal Federal.

A saúde tem sido, já há bom tempo, um problema de “justiça”. Justiça, para a população que tem como registro histórico a marca do abandono e que, pós 1988, viu uma brecha de luz aparecer como esperança de dias melhores. Justiça, porque, por força deste secular abano, tem-se encontrado no Judiciário uma forma de se fazer valer e resgatar a condição de dignidade destas pessoas, brasileiras que são num Brasil que não as tratava como tal.

Vale dizer, em decorrência principalmente da grande carência da população nacional e a conseqüente incapacidade de custeio próprio das despesas relacionadas à área da saúde, tem sido o Judiciário o último reduto onde tem se buscado a satisfação deste direito fundamental, como já exposto anteriormente.

Ocorre que o Estado (por seu órgão executivo federal, estadual ou municipal), certamente em decorrência das repercussões financeiras advindas, tem ofertado uma gama de resistências à satisfação da respectiva pretensão, resultando numa enxurrada de recursos judiciais que, no Supremo Tribunal Federal, atualmente, não tem encontrado maiores divergências de posicionamentos.

Não deveria ser assim, bem se sabe. O ideal é que a saúde, como condição primeira para uma vida digna, expressasse um direito que recebesse pronto atendimento, seja através de recursos próprios, o que faria pressupor uma população totalmente autossuficiente social e economicamente, o que ainda se está longe de ser, seja através da atividade estatal garantidora da prevenção e proteção da saúde de todos ou, no mínimo, de todos aqueles que, sem condições próprias, carecesse deste suporte público.

Não vivemos neste país ideal. Mas nem por isso autoriza-se uma omissão conformadora com tal estado de coisas. Enquanto houver carência num sistema público de saúde, qualquer discurso tendente a alçar o Brasil à condição de país potência nada mais será que retórica enganadora ou brincadeira de *faz de conta*. Aliás, já há muito se brinca de faz de conta. Fazemos de conta que somos um país rico, mas esquecemos que esta riqueza somente encontra legitimidade na racionalidade e justiça de sua distribuição. Fazemos de conta que somos um país democrático, mas esquecemos que democracia, muito mais que o governo da maioria, é o governo que se preocupa com todos, maiorias e minorias. Fazemos de conta que ofertamos, por obrigação legal, ensino fundamental gratuito a todos, quando sabemos que em centenas de locais pelo interior deste vasto país ainda é grave a falta de infraestrutura básica nas escolas<sup>29</sup>.

Por isso – e sem desprezar a importância das críticas construtivas lançadas sobre a postura ativa do Judiciário – compreensível e alentador saber que já se ultrapassou a época onde, por incompreensão do exato significado do princípio da separação dos poderes, deixava-se totalmente aos demais poderes as obrigações atinentes à satisfação, via políticas públicas, dos direitos básicos da população.

Prova contundente desta mudança de postura é claramente encontrada nas decisões do Supremo Tribunal Federal em torno, por exemplo, do Mandado de Injunção. Do entendimento de que tal remédio não autorizaria “(...) o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado(...)”,<sup>30</sup> passou a ver nele um “(...) instrumento de concretização das

---

<sup>29</sup> No estudo "Uma visão dentro das escolas primárias", desenvolvido pela Unesco “(...) o Brasil investe pouco nas séries iniciais do Ensino Fundamental. De acordo com o trabalho, no País são investidos 1.159 dólares por aluno/ano, enquanto no Chile esse valor chega a 2.120 dólares. Além disso, a pesquisa alerta para a precariedade e falta de infra-estrutura, sobretudo nas escolas rurais. Segundo o estudo, no Brasil, metade dos alunos em áreas rurais frequenta salas de aula deterioradas, enquanto na zona urbana esse percentual é inferior a 30%. Outro dado relevante é que 54% das escolas “primárias” estão no campo, apesar de representarem apenas 23% do total de matrículas de 1ª a 4ª série. A pesquisa da Unesco aponta que metade dos alunos de pequenos povoados ou áreas rurais e mais de 25% dos estudantes da área urbana assistem aulas em prédios considerados em más condições. Um dado alarmante é que no Brasil mais de 10% dos alunos estudam em escolas que não dispõem de água potável”. In <http://www.anj.org.br/jornaleeducacao/noticias/estudo-da-unesco-alerta-para-a-falta-de-infra-estrutura-nas-escolas-brasileiras>. acessado em 21 de dezembro de 2011.

<sup>30</sup> STF - MI 168, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 20-04-1990 PP-03047 EMENT VOL-01577-01 PP-00027.

cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade, a Constituição, à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum(...)", tendo como "(...) nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos(...)", para então, mediante processos de integração normativa, como, p. ex., o recurso à analogia, suprir lacunas normativa provocadas pela inércia do Estado<sup>31</sup>.

E não foi diferente na questão relacionada ao direito à saúde. Aqui, pode-se citar, até como divisor de águas, a posição adotada há mais de uma década pelo Ministro Celso de Mello, posição esta que tem sido o leme para a grande parte das decisões dos juízes e Tribunais do Brasil.

Dada a relevância, até histórica, do julgado, urge transcrever sua ementa:

PACIENTE 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. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À SAÚDE REPRESENTA PRERROGATIVA JURÍDICA INDISPONÍVEL ASSEGURADA À GENERALIDADE DAS PESSOAS PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 196). TRADUZ BEM JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, POR CUJA INTEGRIDADE DEVE VELAR, DE MANEIRA RESPONSÁVEL, O PODER PÚBLICO, A QUEM INCUMBE FORMULAR - E IMPLEMENTAR - POLÍTICAS SOCIAIS E ECONÔMICAS IDÔNEAS QUE VISEM A GARANTIR, AOS CIDADÃOS, INCLUSIVE ÀQUELES PORTADORES DO VÍRUS HIV, O ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E MÉDICO-HOSPITALAR. - O DIREITO À SAÚDE - ALÉM DE QUALIFICAR-SE COMO DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A TODAS AS PESSOAS - REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O PODER PÚBLICO, QUALQUER QUE SEJA A ESFERA INSTITUCIONAL DE SUA ATUAÇÃO NO PLANO DA ORGANIZAÇÃO FEDERATIVA BRASILEIRA, NÃO PODE MOSTRAR-SE INDIFERENTE AO PROBLEMA DA SAÚDE DA POPULAÇÃO, SOB PENA DE INCIDIR, AINDA QUE POR CENSURÁVEL OMISSÃO, EM GRAVE COMPORTAMENTO INCONSTITUCIONAL.

---

<sup>31</sup> STF - MI 1367 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O CARÁTER PROGRAMÁTICO DA REGRA INSCRITA NO ART. 196 DA CARTA POLÍTICA - QUE TEM POR DESTINATÁRIOS TODOS OS ENTES POLÍTICOS QUE COMPÕEM, NO PLANO INSTITUCIONAL, A ORGANIZAÇÃO FEDERATIVA DO ESTADO BRASILEIRO - NÃO PODE CONVERTER-SE EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE, SOB PENA DE O PODER PÚBLICO, FRAUDANDO JUSTAS EXPECTATIVAS NELE DEPOSITADAS PELA COLETIVIDADE, SUBSTITUIR, DE MANEIRA ILEGÍTIMA, O CUMPRIMENTO DE SEU IMPOSTERGÁVEL DEVER, POR UM GESTO IRRESPONSÁVEL DE INFIDELIDADE GOVERNAMENTAL AO QUE DETERMINA A PRÓPRIA LEI FUNDAMENTAL DO ESTADO. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA VALIDADE JURÍDICA DE PROGRAMAS DE DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES, INCLUSIVE ÀQUELAS PORTADORAS DO VÍRUS HIV/AIDS, DÁ EFETIVIDADE A PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ARTS. 5º, CAPUT, E 196) E REPRESENTA, NA CONCREÇÃO DO SEU ALCANCE, UM GESTO REVERENTE E SOLIDÁRIO DE APREÇO À VIDA E À SAÚDE DAS PESSOAS, ESPECIALMENTE DAQUELAS QUE NADA TÊM E NADA POSSUEM, A NÃO SER A CONSCIÊNCIA DE SUA PRÓPRIA HUMANIDADE E DE SUA ESSENCIAL DIGNIDADE. PRECEDENTES DO STF<sup>32</sup>.

Não se ignora a grande quantidade de críticas que foram lançadas sobre referido voto e nos sucessivos que seguiram essa linha de argumentação, especialmente em razão da maneira como se era lidado com a questão dos custos na implementação de tal direito<sup>33</sup>, dada a posição de que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> RE 271286 AGR, RELATOR(A): MIN. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.

<sup>33</sup> “(...) A começar pela afirmação de que aquela ponderação deve ser decidida sempre em favor de um dos lados, independente de outras variáveis, pois isto implica ignorar a própria idéia de ponderação, que, para ser qualificada como tal, tem que ter abertura para diversos resultados possíveis. Se o resultado será sempre o mesmo, então a ponderação é desnecessária e não há que se valer dela para decidir. Além do mais, causa alguma estranheza dizer que o interesse financeiro é um “interesse secundário do Estado”. Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito à saúde. É uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquela depende desta”. (WANG, 2006, p. 16)

<sup>34</sup> Vide RE 267612 / RS, AI 570455/RS, AgRg no RE 271286/RS, RE 198265/ RS, RE 248304/ RS, AgRg no RE 273834-4 / RS e RE 393175/RS. De observar, aqui, que este entendimento mesmo

De toda forma, a importância do entendimento capitaneado pelo Ministro Celso de Mello para consolidar uma nova postura judicial na implementação dos direitos fundamentais é inquestionável. Das sustentações, rotineiras, de que de normas programáticas, como as do direito à saúde, não poderiam decorrer comandos diretos, passou-se à reconhecer um direito subjetivo do cidadão de invocar a tutela diretamente em face do poder público. No voto citado, aliás, procurou-se frisar, com veemência, a responsabilidade estatal, taxando de inconstitucional sua postura omissiva na implementação do direito à saúde.

Passada esta fase primeira no tocante ao enfrentamento da questão afeta ao direito à saúde, foi com o voto do Ministro Gilmar Mendes que se fortificou a dose de racionalidade da decisão acerca do tema<sup>35</sup>.

Com efeito, ao apreciar o Agravo Regimental na Suspensão Liminar 47(Pernambuco), o Ministro Gilmar Mendes procurou, com profunda abordagem teórica, delinear parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.

Eis a ementa:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. POLÍTICAS

---

revelando uma elogiável preocupação com a vida humana, máxime quando objeto de ponderação com questões outras, como a financeira, o fato – triste fato – é que vivemos em uma sociedade de recursos escassos onde, nas escolhas, o completo desprezo aos custos dos direitos poderá redundar na fulminação destes próprios direitos.

<sup>35</sup> Grande importância também teve o julgamento da ADPF 45. Assim ficou lançada a ementa do julgado: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADESPOSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). ADPF 45-9 – Distrito Federal - Relator: Min. CELSO DE MELLO - DJ DATA-04/05/2004

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. ORDEM DE REGULARIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS EM HOSPITAL PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO<sup>36</sup>.

Importante se faz, dada a estreita relação com o presente estudo, uma análise mais detalhada do voto em comento. Procurar-se-á, a partir da análise que faz do art. 196 da Constituição Federal, extrair trechos do julgado tidos como mais relevantes para contribuir na compreensão da problemática.

Sobre o direito à saúde como “direito de todos”, assim expôs:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

(...)

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

(...)

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde(SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

De notar, em reforço ao entendimento já lançado pelo Ministro Celso de Mello, a peremptória afirmação de que a norma do art. 196 da Constituição tem força suficiente a produzir, por si só, efeitos jurídicos concretos, com repercussão

<sup>36</sup> Processo: SL 47 PE - Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) . Julgamento: 17/03/2010 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.

individual e coletiva. Disso se pode extrair a plena e pacífica consolidação do reconhecimento judicial da eficácia deste dispositivo constitucional, a desmerecer qualquer resistência no tocante à sua aplicação, postura esta, aliás, que tem pautado maciçamente as decisões do Superior Tribunal de Justiça, tribunais estaduais e juízos de primeiro grau.

Sobreleva de importância o aspecto coletivo deste direito, porquanto, ainda que represente também um direito individual, sua satisfação jamais pode chegar ao ponto de comprometer um atendimento para toda a coletividade. Por isso é que, afirma também, não constitui um “direito absoluto”, mas sim um direito (*prima facie*) que deve ser garantido prioritariamente mediante políticas públicas. A tutela judicial individual, certamente cabível, jamais poderia comprometer o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Aliás, é justamente neste ponto afeto ao comprometimento público que o voto tem mostrado sua extrema valia como guia para a postura judicial das partes e juízo. Isso porque frisa que tal comprometimento deve ser, caso a caso, sopesado e analisado. Ou seja, a negativa da implementação do direito jamais poderá estar escudada num suposto prejuízo coletivo, numa suposta quebra orçamentária, o que impõe à parte que a alegue o ônus de demonstrar tal fato impeditivo do direito invocado.

Tal posicionamento tem ainda o valor de afastar a usual invocação de insegurança jurídica. A prova da existência ou inexistência do prejuízo eliminará toda a carga de discricionariedade judicial pois, ou se evidencia o dano coletivo e a coerente resposta judicial somente pode ser a improcedência do pedido, ou não se prova tal dano, impondo-se ao magistrado, por imperativo constitucional, obrigar o demandado à concretizar o disposto no art. 196 da Constituição com o fornecimento do medicamento ou tratamento buscado.

Ao enfrentar a problemática do “dever do Estado” em garantir o direito à saúde, observa o Ministro a existência de um “dever fundamental à saúde”, sendo que:

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo, quanto da

coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área da saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

A importância desta abordagem decorre fundamentalmente da usual argumentação suscitada pelo poder público quando acionado em demandas individuais ou coletivas. A posição adotada, sem constituir novidade junto ao Supremo Tribunal Federal, veio a fortalecer o entendimento de que, entre os entes públicos, há uma solidária responsabilidade quanto ao dever *fundamental* de suprir o direito à saúde, de modo a possibilitar, assim, o ajuizamento da ação contra qualquer um dos entes, federal, estadual ou municipal.

Novamente trazendo a lume o dever de garantir o direito através de “políticas sociais e econômicas”, observa que:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

É, portanto, com as políticas públicas que se buscará dar cabo à concretização do direito à saúde. Com ela se proporciona, via macro visão, um atendimento que possa, com esteio num orçamento planejado, atender o maior número possível de pessoas. Bem se sabe que é este o formato esperado. Que é, pela especial ação do executivo na execução de suas políticas públicas, que se espera um atendimento adequado. Todavia, e se tais políticas públicas não forem postas em prática? Se, ainda que colocadas em prática, não se priorizou o atendimento aos direitos fundamentais, particularmente a saúde? Se, podendo-se verbas da saúde, redistribuí-se recursos para áreas de menor relevância social? Por tudo isso é que, aqui se defende, a garantia do direito através de políticas públicas é a medida primeira à se adotar, mas certamente não a única. A ausência de política

pública não autoriza a diminuição dos direitos sociais, sob pena de, nas palavras já citadas do Ministro Celso de Mello, revelar o direito à saúde uma mera promessa constitucional inconsequente.

Após, observa que o problema das tutelas judiciais em demandas em torno da saúde não revela uma excessiva judicialização ou interferência indevida do judiciário na criação e implementação de políticas públicas, já que “(...) na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”, ou seja, há legislação específica impondo o atendimento do direito, recaindo a falha, fundamentalmente, na execução administrativa das políticas públicas.

Passa o citado ministro, então, para a parte que, ao menos para os fins deste estudo, seja a mais importante do seu voto, qual seja, passa a construir critérios ou parâmetros para a decisão judicial. Cabe analisar, assim, um a um destes critérios:

a) **a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte:** Se há políticas públicas, se o SUS albergou a prestação buscada pela parte entre suas ações, o Judiciário não está criando política pública alguma, mas tão somente determinando sua implementação, ou seja, em tais casos parece não restar dúvidas de que estaremos diante de evidente direito subjetivo da parte.

De se perceber que nestas situações, que são a maioria, inexistem discricionariedade alguma do magistrado, pois sua decisão funda-se em legislação específica devidamente regulamentada, e muito menos do administrador. Se está, para o administrador, diante de um ato vinculado, posto já moldado por normativas que obstruem espaços para um agir diferente. Daí porque se pode, sem titubeios, falar em direito subjetivo da parte.

b) Não estando a prestação pleiteada entre as políticas públicas do SUS, caberia então indagar se a negativa decorre de: **(1) uma omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal à sua dispensação.**

Aqui, observa que o primeiro dado a ser considerado é a existência de registro na ANVISA, seja por imperativo legal – Lei 6370/76 – seja porque se configura como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto.

Em seguida, aponta para a existência ou não de motivação para o não fornecimento da prestação pleiteada. Duas situações aqui poderiam ocorrer:

A primeira residiria no fato do SUS fornecer tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. Segundo Gilmar Mendes:

(...) em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento da opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Ou seja, a escolha do procedimento adequado cabe, inicial e prioritariamente, ao SUS. Adotam-se, no sistema público, os “Protocolos e Diretrizes Terapêuticas”, que (...) **consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses** e, tais critérios devem, necessariamente, prevalecer quando não demonstrada sua ineficácia para o paciente.

De toda forma, situações poderão ocorrer em que o medicamento ou tratamento indicado pelo SUS não se mostre eficiente à determinado paciente, não sendo isso incomum de ocorrer. Em casos como estes, inconcebível se mostra a mera negativa do poder público.

Todavia, poderá ocorrer situação em que a rede pública não forneça nenhum tratamento para determinada patologia. Observa aqui o ministro a importância em se diferenciar os tratamentos experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Diz então que:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas científicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

(...)

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

E conclui que:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, pelas processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde (...).

Assim, segundo o entendimento acima lançado, para os tratamentos experimentais não haveria obrigação da rede pública em custeá-lo. Já, para os novos tratamentos, ainda não incorporados, o caso concreto é que irá definir a adequação ou não de seu fornecimento, situação esta que revela mais uma vez a extrema importância em não estabelecer conclusões precipitadas acerca do cabimento ou não de uma tutela judicial na área da saúde, porquanto o caso concreto é que se mostrará como principal norte e fundamento para o decidir do magistrado.

### 3.3 O DIREITO À SAÚDE E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

No Estado do Paraná não é diferente a problemática decorrente do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos pela rede pública. Consequentemente, diferente também não é o grande número de demandas buscando tutela judicial nesta área.

Procurou-se, diante deste fato, fazer uma coleta de dados junto ao Tribunal de Justiça do Estado, isso como melhor forma de compreender a realidade local. A busca de dados foi feita através de pesquisa jurisprudencial tendo como palavra-chave o “direito à saúde” e limitada aos anos de 2009 e 2010<sup>37</sup>. Procurou-se, a partir das informações saber o tipo de medicamento ou tratamento buscado, a fundamentação utilizada, o tipo de procedimento utilizado e o resultado da pretensão. De observar, ainda, que dada a especialização das câmaras do Tribunal de Justiça do Paraná, a pesquisa centrou-se na quarta e quinta câmaras cíveis.

Quanto ao medicamento ou tratamento buscado, o que se nota é que a despeito da grande diversidade de pedidos – cerca de noventa espécies de patologias - há uma forte concentração de pedidos em torno de quatro doenças, à saber: câncer, hepatite B e C e Artrite<sup>38</sup>.

Relativamente à fundamentação utilizada nos julgados, a diversidade diminui. O que se observou é a geral invocação do art.196 da Constituição Federal, somando-se à sustentação da saúde ser um direito fundamental e dever do Estado, do que decorreria o acolhimento da pretensão inicial.

Quanto ao tipo de procedimento, coletou-se o seguinte percentual: 10% dos recursos derivaram de Ações Cíveis Públicas, 39% de Ações de Conhecimento e 47% de Mandado de Segurança.

Por fim, quanto ao resultado do julgamento, na quase totalidade dos casos houve concessão do pleito por unanimidade de votos.

---

<sup>37</sup> Foram analisadas trezentas e noventa e uma ementas derivadas de recursos interpostos em Mandados de Segurança, Ação Civil Pública, Ação de Conhecimento e Agravo.

<sup>38</sup> Tanto no câncer quanto a artrite o percentual apontando abrange os vários tipos destas patologias, tendo a pesquisa considerado somente aquelas patologias indicadas no julgado.

Destes dados algumas conclusões podem ser extraídas.

### 3.3.1 Análise dos julgados

Primeiro. Há interesses comuns entre os demandantes, pois grande parte deles buscam um mesmo tratamento em face do Estado. Se assim é, não se pode negar a existência de uma obrigação correlata tanto por parte do Executivo, quanto por parte do Ministério Público.

Com efeito, se na grande parte das demandas há objeto comum, deveria o Executivo realizar estudo para incorporação do medicamento ou tratamento na sua lista de fornecimento, fato este que, inevitavelmente, reduziria grandemente o número de ações individuais, repercutindo, ainda, na sua melhor programação orçamentária.

Por outro lado, e até como decorrência desta omissão do Executivo, exsurge o Ministério Público como legitimado a ajuizar ação de natureza coletiva para a tutela deste interesse comum, o que também geraria, ao lado da redução das ações individuais, uma maior universalização do atendimento.

Aliás, um constante controle das demandas deveria existir por parte dos órgãos acima referidos. Ao se constatar a existência de pretensões idênticas, pronta ação deveria existir, pois não se estaria a tratar de mera tutela de interesse individual. Não é, todavia, o que ocorre. Ações coletivas, por exemplo, não são ajuizadas visando tal objetivo.

Segundo. A justificação judicial para o acolhimento do pleito é quase uníssona, qual seja, do disposto no art. 196 da CF decorreria o dever do Estado em prestar o atendimento à saúde, sendo este um direito fundamental do cidadão exigível em face de qualquer um dos entes federados, os quais teriam responsabilidade solidária. Aqui também não se pretende discordar de tal posição, até porque é acertada. O que preocupa somente é a aparente despreocupação com pré-escolhas feitas pela administração e com as particularidades inerentes a cada concreto levado à apreciação. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado:

(...) A indicação do medicamento foi realizada por profissional habilitado, que possui conhecimento científico sobre o trato com a doença que acomete seu paciente, portanto, apto a lhe prescrever o melhor tratamento. Ademais, se trata de profissional regularmente inscrito no CRM e, portanto, detentor de crédito, até prova em contrário. Não seria plausível submeter o substituído à perícia ou a qualquer espécie de teste para comprovação da necessidade de utilização do medicamento pleiteado ou da possibilidade de sua substituição por outro, tendo em vista que, este requisito já está preenchido com a própria declaração médica, feita pelo profissional capacitado que prescreveu referido fármaco.

Como há prova concreta e indicação nos autos, segundo declaração médica de que, a utilização do medicamento requerido se mostra mais eficaz ao tratamento do paciente, não se pode falar em inexistência de direito líquido e certo ou na necessidade de dilação probatória. A garantia do cidadão ao recebimento de medicamentos é possível, inclusive de forma gratuita, desde que prescritos por profissional médico habilitado, a pessoa hipossuficiente, portadora de doença, desprovida de recursos financeiros para custear o tratamento (TJPR - 4ª C.Cível - ACR 0387800-8 - Paranavaí - Rel.: Desª Anny Mary Kuss - Unanime - J. 19.06.2007)

Alguns questionamentos merecem ser feitos: a) A mera indicação do profissional contratado pelo demandante é suficiente para amparar a pretensão? b) Será, realmente, que a declaração médica acerca deste ou daquele medicamento faz nascer um direito líquido e certo a, conseqüentemente, tornar dispensável a necessidade de dilação probatória? Parece ser conveniente aqui recordarmos a posição adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido da (...) **necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, pelas processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde**<sup>39</sup>.

Não se desconhece o contexto existente diante do ajuizamento das demandas. O risco de vida sempre se faz presente, o que impõe ao magistrado decisões rápidas. Todavia, igual dever de prontidão igualmente se impõe ao advogado da parte demandante que, se atendo estiver, muito bem poderá, no mesmo dia da publicação de um despacho determinando emenda da inicial, dar cabo a adequação de seu pedido.

---

<sup>39</sup> SL 47 PE - Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) . Julgamento: 17/03/2010 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.

A antecipação de tutela, pode-se afirmar, na quase totalidade dos casos é concedida, até porque prova suficiente normalmente é apresentada à formação daquele juízo prévio e sumário. Porém, é para a fase instrutória que deve ser possibilitada a demonstração, indene de dúvidas, da necessidade do medicamento buscado ou da eficácia de outro integrante do rol fornecido pelo Estado. Tolher esta fase é ato temerário, máxime diante do entendimento já lançado pelo Ministro Gilmar Mendes, como acima transcrito. A não se permitir a produção de provas, assim, corre-se o grande risco de ver o processo subir ao Supremo Tribunal Federal e ser anulado.

Terceiro. Percebe-se que a maior parte das demandas são instrumentalizadas através de Mandado de Segurança. Sem pretender colocar em dúvida a existência de um direito líquido e certo do impetrante, pressuposto que é para tal ação, não se poder negar o risco de tal escolha, como já observado. Isso porque, como veremos mais adiante, neste procedimento o espaço para o debate e instrução é limitado. Não há campo para ampla dilação probatória, de modo que, a se tornar controvertido o direito buscado – e os motivos podem ser vários – tal ação estará fadada ao insucesso.

#### 4. PARÂMETROS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Vive-se num Estado Democrático Constitucional. A Constituição brasileira consagra um considerável rol de direitos fundamentais, explicitando, textualmente também os direitos sociais. Esta realidade jurídica, ao ser confrontada com a realidade social, ainda muito marcada pela carência, faz desembocar numa enxurrada de demandas judiciais que, a par de outros problemas, suscitam questões que, numa visão liberal, estremecem fundamentos teóricos tidos como intocáveis, daí decorrendo críticas direcionadas sobretudo a esta atuação judicial, agora muito mais ativista que outrora, taxando-a de ilegítima.

Aliás, cabem aqui algumas indagações: por que o judiciário é tão constantemente chamado a intervir nas políticas públicas, especialmente na área da saúde? Não será porque os demais poderes constituídos não estão aptos a lhe conferir o acesso ao fármaco ou terapia que necessita? Será que o Executivo, com sua conhecida carga burocrática, tem condições de, eficientemente, atender a infinita gama de doenças que assolam a população ou acompanhar a evolução dos medicamentos e tratamentos, acolhendo-os na rede pública?

A resposta judicial, portanto, longe de ilegítima, é marca desta nova realidade sócio-jurídica comprometida com os direitos fundamentais e que ainda tem enrustida em seu meio as mazelas de uma atuação política ineficiente.

Todavia, e sempre lembrando a preocupação de Lênio Streck (1988) com os decisionismos assujeitadores e antidemocráticos, urge dar contornos a esta nova postura judicial, isso em respeito à uma sociedade que, mesmo clamando por uma resposta que lhe alce à condição de poder ser senhora de sua liberdade, não despreza o ideal democrático.

Pensando nisso, passa-se então a desenvolver parâmetros para a atuação judicial, os quais, reforçando a racionalidade da resposta estatal(Estado-Juiz), servem inclusive de mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado em seu mister.

Adotar-se-á aqui a proposta metodológica exposta por Cláudio Pereira de Souza Neto (2010), cujo enfrentamento será feito com escoro nos julgados dos

Tribunais, o que pensamos ser válido como elemento a proporcionar uma melhor compreensão da proposta, sem prejuízo de uma análise crítica-constructiva que disso decorrerá, o que se faz com o propósito único de contribuir para a solidificação de uma era de forte participação judicial na construção de uma sociedade mais democrática.

Propostas são duas formas de parâmetros: os *materiais*, mais relacionados ao reconhecimento do direito material à saúde e os *processuais*, circunscritos estes aos aspectos instrumentais à concreção do citado direito.

#### 4.1. PARÂMETROS MATERIAIS

##### **4.1.1 Legitimidade judicial circunscrita, em regra, à esfera da fundamentalidade material:**

Segundo SOUZA NETO (2010, p. 538):

a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das 'condições necessárias' para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).

Segundo este parâmetro, legítima seria a tutela judicial que visasse a inclusão do cidadão na arena reivindicatória e concretizadora de sua liberdade ao ponto de poder, num palco de iguais oportunidades, efetivar o projeto de vida que almejar e, ainda, ser cidadão ativo na formação da vontade pública<sup>40</sup>. (SOUZA NETO, 2010)

Ora, por este critério restaria patente a possibilidade de atuação judicial na área da saúde. Um cidadão sem saúde, sem bem-estar físico, mental e social (parágrafo único do art. 3º da Lei 8080/90) jamais conseguirá, em condições de

---

<sup>40</sup> O autor distingue tal parâmetro do mínimo existencial, mas atrelado à subsistência, embora reconheça que em determinadas situações eles se assemelhem, como ocorre com o direito à saúde. Para expor a distinção, exemplifica com a questão afeta a educação, onde o mínimo se circunscreveria ao ensino fundamental, enquanto na proposta, também teria o Judiciário legitimidade para garantir o ensino médio, sob pena de não "tratar todos como 'dignos de igual respeito', ou não atribuir a todos 'oportunidades equivalentes'. (SOUZA NETO, 2011, p.538).

igualdade com os demais, ser membro ativo da comunidade ao ponto de, não só reivindicar o que lhe pertence, mas sobretudo contribuir para a contínua formação da vontade coletiva.

Aliás, de nada adiantaria incorporar ao texto constitucional o princípio da igualdade ou existir tantos textos acadêmicos e discursos políticos acerca da importância da liberdade se, no mínimo, não houver uma população em condições físicas e mentais para poder, de fato, exercer, por si própria, sua liberdade.

#### **4.1.2 Legitimidade restrita, em regra, aos hipossuficientes.**

Quanto à exigibilidade dos direitos sociais prestacionais, esclarece Souza Neto (2011, p. 539)

Os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

Ainda que se almeje o ideal, não se vive num mundo ideal, mas real. E nesta realidade a escassez de recurso se faz presente, de modo que, diante da impossibilidade de atender a todos, deve-se amparar, ao menos e necessariamente, aqueles que por conta própria condições não possuem de suprir as necessidades mínimas para uma existência que lhes dê condições à, em pé de igualdade, exercer efetivamente uma real liberdade.

Nem se diga que do acesso universal previsto constitucionalmente decorre, como corolário necessário, uma gratuidade do serviço a todos. Como bem observa Sarlet (2008, p 346), o que a

Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.

Aliás, o acesso gratuito incondicional ao sistema de saúde àquele provido de condições - e que pode arcar com planos privados de assistência - afrontaria o princípio da proporcionalidade. Por isso, prossegue o citado autor:

em tema de direitos sociais ( e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não mais pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que se pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado), merece ser cada vez mais discutido como, de resto, já vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial. (SARLET, 2008, p. 347)

E, como já transcrita anteriormente a posição de Fátima Vieira Henriques (2010, p. 834):

o teor do inciso I do parágrafo único do art.194 da Constituição da República reforça o argumento contrário à gratuidade necessária. Ao tratar da seguridade social – gênero da atividade estatal em que incluídas a saúde, a previdência e a assistência -, previu o constituinte ser um de seus objetivos a cobertura e o atendimento universais. Ora, se o ideal de universalidade realmente acarretasse de forma obrigatória a gratuidade do serviço público ofertado, não poderia ser aplicado à previdência social, reconhecidamente dependente que é do pagamento de contraprestações pecuniárias.

Com isso não se está a negar a titularidade do direito à saúde àqueles portadores de condições econômicas. A titularidade, frise-se, é de todo ser humano, como claramente decorre do art. 196 da Constituição Federal, não havendo óbice à que todos, com ou sem condições financeiras, busquem medicamentos ou tratamentos inseridos nos padrões básicos do Sistema Único de Saúde. Agora, caso não sejam inseridos, parece que somente poderá reclamar aquele que não tiver meios de custeá-los sem prejuízo dos recursos próprios à sobrevivência. Como observa Francisco (2010, p. 865)

A importância do direito à vida e à saúde justifica o dever do Estado custear os tratamentos imprescindíveis, razão pela qual qualquer pessoa pode reclamar tratamento do SUS (podendo ou não custear o tratamento na rede privada). Contudo, se estes tratamentos estiverem disponíveis apenas da rede privada (ou seja, não são prestados pelo SUS), a responsabilidade estatal é subsidiária, alcançando exclusivamente aqueles que não puderem

custear esse tratamento com recursos próprios sem prejudicar a sobrevivência.

Realmente, considerando que a responsabilidade pela concretização dos direitos e garantias fundamentais é, antes de tudo, do próprio ser humano e de seus próximos (cônjuge e família), vale dizer, de toda a sociedade, impor ao Estado o custeio de tratamento de saúde na rede privada (nacional ou estrangeira) para pessoas com suficientes condições financeiras seria desigual, desproporcional e imoral. O custeio nestas condições, quando há tantas prioridades públicas carecendo de recursos (tal como a notória insuficiência de recursos para a educação e para habitação, p. ex.) viola o sentido do mínimo existencial que deve ser assegurado pelo Estado.

Urge observar, por fim, que a hipossuficiência deve ser analisada diante do caso concreto, o que desautoriza qualquer ação tendente à pré-definir a condição financeira autorizadora do custeio estatal. O medicamento ou tratamento específico deve ser confrontado com a condição financeira do postulante.

#### **4.1.3 Possibilidade de Universalização da Medida**

Os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre todos os que não podem arcar com seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas. (SOUZA NETO, 2010, p. 541)

O fundamento deste parâmetro reside no Princípio da Isonomia. A todos que estão em igualdade de condições deve-se conferir igualdade de tratamento, isso sob pena de fomentar ainda mais a desigualdade.

Não se pode por em dúvida o acerto do critério sugerido. Todavia, tal critério assume duas dimensões de importância prática ao aplicador: 1) numa dimensão restrita, o magistrado que concede o tratamento médico a um demandante deve, ao outro, em iguais condições jurídicas e pessoais, igualmente conceder, não somente porque isso proporcionaria um atendimento isonômico, mas, iria mais longe, seu desrespeito atentaria até mesmo contra a imparcialidade exigida do magistrado; 2) numa dimensão ampla e considerando que a grande maioria das demandas não representa interesse coletivo, mas sim individual, o que torna muito mais difícil a análise da universalização, que condições terá o juiz, frente ao processo isolado, de analisar se aquela medida pleiteada poderá ser, caso concedida, estendida a todos em iguais condições, com condições do Estado suportar o respectivo custeio?

Como se percebe, a verificação desta universalização, em sua dimensão coletiva, é quase inviável de ser feita, até porque não possui o magistrado elementos para formar sua convicção e, como regra, não traz o ente público elementos concretos a demonstrá-la, ônus, aliás, que lhe pertence.

#### **4.1.4 O sistema de direitos sociais em sua unidade**

A concretização judicial de direitos sociais deve considera-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie. (SOUZA NETO, 2010, p. 541)

Tem o Judiciário que analisar a relação entre o direito social pretendida com os demais direitos sociais, ou seja, independentemente da satisfação integral de cada um dos direitos sociais isoladamente considerados, deve-se investigar se ao demandante se está proporcionando uma garantia de vida digna.

Souza Neto (2010) cita como exemplo o valor do salário mínimo. Sabe-se que, ao menos normativamente, teria ele que ofertar condições de proporcionar o custeio de uma vida digna. Todavia, descabido é desprezar que o Estado complementa com suas ações outros direitos sociais. Ou seja, ao se analisar o valor do salário, deve-se igualmente considerar os gastos que o Governo já faz com educação, saúde, assistência e previdência social.

#### **4.1.5 Prioridade para a opção técnica da administração**

Quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pela demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda. (SOUZA NETO, 2010, p. 542)

A questão traz à tona o postulado da presunção de legitimidade dos atos da administração pública. A deliberação da administração, em princípio, é legítima, até que se evidencie a falha em seu agir. Isso, no campo da saúde, pode ser exemplificado com o caso da lista de medicamentos. Se o Estado previamente elaborou uma lista de medicamentos segundo critérios técnicos, tal decisão deverá prevalecer até que reste demonstrado o seu equívoco, não podendo, assim, o

magistrado simplesmente ignorar a escolha feita e impor a aquisição do medicamento indicado pelo médico do demandante. Oportuno lembrar que é o Executivo, com sua visão macroscópica das necessidades da população, que possui a primazia na definição das políticas públicas.

Todavia, a multivariabilidade dos fatos da vida não autoriza decisões padronizadas que não atendam as particularidades de cada demanda. Por isso, alguns cuidados merecem ser feitos:

Primeiro. Consta da lista do SUS o fármaco ou tratamento pretendido. Nesses casos, por não restar dúvida acerca do dever do Estado e do direito subjetivo da parte, deve o Judiciário ordenar a satisfação do postulado. De se perceber aqui que o Judiciário não está criando política pública alguma, mas tão somente está determinando sua implementação.

Segundo. O fármaco ou tratamento indicado ao paciente segundo o estabelecido pelo SUS não surte o efeito curativo esperado. Nestes casos, igualmente não há como negar o prestação buscada. Não se está com isso ignorando a escolha feita pela Administração. Se está simplesmente reconhecendo uma específica inadequação entre a motivação do ato administrativo, a qual definiu o tratamento, com a sua hipótese de incidência concreta, qual seja, o concreto caso submetido à análise judicial.

Terceiro. Há casos onde os poderes majoritários simplesmente discordam da dispensação de medicamentos e terapia, isso em razão de uma errônea interpretação das normas que regem a matéria, a autorizar, portanto, a chancela judicial. Tal situação é facilmente verificável com os medicamentos excepcionais:

Até pouco tempo, os medicamentos excepcionais era esquecidos pelos poderes majoritários. Como acometiam parcela menor da população e, via de regra, eram altamente custosos, a Administração se *esquecia* de contemplar os pacientes que se enquadravam nesta hipótese nos programas de distribuição obrigatória de remédios. Muitos desses pacientes, a propósito, são esquecidos até hoje. É o caso, por exemplo, dos portadores de uma moléstia congênita denominada *Mucopolissacaridose Tipo I (MPS 1)*, doença raríssima, que comete cerca de uma centena de brasileiros e cuja terapia no mais das vezes indicada – a terapia de reposição enzimática com a droga *laronidase* – custa milhares de reais por mês. (SABINO, 2011, p. 373)

Aliás, neste tópico mostra-se de extrema importância lembrar as ponderações feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, bem como os critérios por ele definidos<sup>41</sup>, cabendo, pois, ao aplicador certos cuidados em seu agir como, por exemplo, a exigência do registro na ANVISA do medicamento buscado e a atenção no trato e diferenciação entre os medicamentos experimentais e aqueles novos, ainda não incorporados pelo SUS.

Costa Sabino (2010, p. 385), ao discorrer acerca das demandas cujo medicamento ou tratamento não consta da lista do SUS, chama a atenção dos magistrados para que suas decisões sejam precedidas de:

- (i) Um amplo debate, de preferência, com setores da sociedade civil e autoridades sanitárias e da saúde;
- (ii) informações a respeito do orçamento, das técnicas medicamentosas disponíveis e efeitos das moléstias; e
- (iii) informações a respeito das ações tomadas pelo Executivo com relação a da doença ou mal. Munidos desses dados, os magistrados terão condições de avaliar os três paradigmas fundamentais que devem nortear qualquer intervenção judicial na política da saúde: *o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade.*

#### **4.1.6 Prioridade para a Solução mais Econômica**

Se há duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto com recursos públicos. (SOUZA NETO, 2010, p. 542)

Diante de uma realidade de escassez de recursos, a decisão judicial não pode desprezar a busca pela satisfação da pretensão buscada com o menor custo possível, fato este que, ademais, colaborará para a concreção de uma maior universalização da medida. É o caso da opção pelos medicamentos genéricos. Ainda que busque a parte um medicamento com marca especificada na inicial, deve o magistrado, em caso de concessão do pleito, obrigar o Estado a fornecer o genérico possuidor do mesmo princípio ativo daquele buscado.

---

<sup>41</sup> Processo: SL 47 PE - Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente) . Julgamento: 17/03/2010 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001

É bom lembrar que a tutela recai, exclusivamente, sobre a saúde do demandante. Não se pode jamais cancelar a tutela de interesses, por exemplo, de indústrias farmacêuticas que, para venderem ou promoverem suas marcas, utilizam-se de profissionais médicos que, quer-se crer desatentos, indicam seus produtos quando no mercado outras marcas mais baratas ou genéricos já existem que, por possuírem o mesmo princípio ativo, produzem o mesmo resultado.

A esse respeito o Tribunal de Justiça do Paraná julgou que:

(...) Existindo na rede pública medicamento genérico com o mesmo princípio ativo e concentração do medicamento comercial indicado pelo médico, incumbe ao paciente comprovar de forma verossímil que o genérico não atende às suas necessidades, uma vez que o tratamento médico deve consubstanciar-se nas fórmulas dos remédios e não nos seus nomes comerciais, daí porque pertinente a suspensão da execução de provimento liminar, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992. ( TJPR - Órgão Especial - A 731080-5/02 - Engenheiro Beltrão - Rel.: Miguel Kfourri Neto - Unânime - J. 18.03.2011)

#### **4.1.7 Intensidade do Controle Jurisdicional proporcional aos Níveis de Investimento em Políticas Sociais**

Se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor. Se a administração não realiza esses investimentos, o controle judicial deve ser mais intenso. (Souza Neto, 2010, p. 542)

Incide aqui a crítica anteriormente lançada acerca do enorme dispêndio para a construção dos estádios de futebol. Só para a reconstrução dos mesmos, como citado, estima-se um gasto que já ultrapassa a cifra de R\$10 bilhões<sup>42</sup>. Como dito, sé é certo que o direito ao lazer e diversão auxiliam na construção de uma vida com qualidade<sup>43</sup>, mais certo é que, numa realidade de carências, deve-se prioritariamente garantir aqueles direitos necessários à manutenção da própria vida.

---

<sup>42</sup> In

<http://www.copa2014.org.br/noticias/656/ESTADIOS+DA+COPA+PODEM+FICAR+300+MAIS+CARO+S.html>. Acessado em 20 de junho de 2011.

<sup>43</sup> Embora tudo leve a crer que a maioria da população brasileira sequer terá condições de adquirir os ingressos para os jogos da Copa, dado o alto custo dos mesmos.

## 4.2 PARÂMETROS PROCESSUAIS

### 4.2.1 Prioridades para as Ações Coletivas

Como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente. (SOUZA NETO, 2010, p.543)

Razões várias existem para aconselhar a utilização das ações coletivas para a satisfação do direito social buscado, podendo-se citar: i) garantia da universalização, o que facultaria o atendimento não somente à parte do processo, mas todos os que se encontrem em iguais condições; ii) desorganizam menos a administração, na medida em que evitam centenas de decisões particulares, melhor facilitando, inclusive, o impacto da política no orçamento; iii) há uma maior possibilidade de discussão com mais amplitude os aspectos técnicos da medida, como ocorre, por exemplo, nos prévios inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público; iv) estímulo do cidadão a se mobilizar para a ação política conjunta, notadamente através das sociedades civis e v) evita que apenas certa camada da população tenha acesso, melhor se consagrando o princípio da universalização<sup>44</sup>.

Ocorre que, sem desmerecer o parâmetro sugerido que realmente entendemos ser adequado, negar não se pode poucas são as demandas coletivas propostas. Nos juízos, especialmente nas Varas específicas da Fazenda Pública, o que se constata é uma quase ausência, por exemplo, do ajuizamento de ações civis públicas por parte do Ministério Público buscando uma tutela coletiva do direito à saúde, aspecto este que, inevitavelmente, desemboca nas ações individuais.

O fato é que, sem ações coletivas, ajuízam-se as individuais – eis que o cidadão não pode ficar na espera dos legitimados à proposição daquelas – que não podem deixar de ser apreciadas pelo magistrado, até porque, frise-se, a Constituição não restringe dito acesso.

---

<sup>44</sup> Sarmiento (2008) bem chama a atenção para o fato de que os principais demandantes do Judiciário brasileiro continuam sendo a classe média. Os hipossuficientes, talvez até por questões culturais, dificilmente ajuízam demandas. Tal situação, segundo diz, redundaria que “(...) decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas(...)”, ou seja, recursos que seriam destinados aos mais necessitados seriam transferidos para a classe média, ficando sem resposta judicial as violações cometidas contra os mais carentes.

De toda forma, serve o parâmetro como incentivo à ação por parte dos legitimados às demandas coletivas.

#### **4.2.2 Condicionantes às ações individuais**

O acesso direto aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não entrega da prestação possa causar dano irreparável ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vedando-se, sobretudo, o comportamento contraditório. (SOUZA NETO, 2010, p. 545)

Duas condições, portanto, mas de presença não cumulativa, devem se fazer presentes ao magistrado. A primeira, que é a mais comum nos casos versando sobre direito à saúde, diz respeito ao estado de sério e iminente dano irreversível que está sujeito o demandante. Ou se concede o direito social buscado (normalmente via cognição sumária diante da urgência do caso) ou se expõe o autor ao risco de vida. Vale dizer, ou se autoriza o tratamento de saúde pelo SUS ou o demandante, que não tem condições de custeá-lo, morre.

A segunda condicionante seria a existência de prévia integração do dispositivo constitucional pelo legislador e sua subsequente concreção pelo administrador através de leis ou programas governamentais já instituídos. Tal se dá, e aqui se invoca novamente o exemplo dos medicamentos, quando há expressa incorporação de determinado medicamento na lista elaborada pelo órgão competente e, a despeito disso, nega-se sua oferta. Para estes casos, a concessão pode ser dada independentemente da presença do risco de dano e, lembre-se, independentemente da condição financeira do demandante. O direito buscado exsurge diretamente da regra criada.

#### **4.2.3 Ônus e Amplitude Probatória**

A prova de que não tem recursos para universalizar a medida requerida é da Administração Pública (SOUZA NETO, 2010, p. 545)

O argumento da reserva do possível não é admissível quando formulado abstratamente. Tem o Estado, por qualquer de seus entes, a obrigação de demonstrar, no caso concreto, que a medida buscada não é passível de universalização, sem prejuízo do atendimento de outros direitos fundamentais (inclusive sociais).

Tal argumento, aliás, harmoniza-se com a própria regra processual inserida no art. 333, incisos I e II do Código de Processo Civil. Comprovando o autor estar necessitando da tutela judicial para o restabelecimento de sua saúde, bem como evidenciado o dever do Estado em ofertar tal direito, isso em razão do que prevê o comando constitucional inserido no art.6º. c/c art. 196, ambos da Constituição Federal - satisfazendo assim o ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito - recai sobre o réu, Estado, o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito. Logo, cabe a ele, concreta e objetivamente, demonstrar a impossibilidade fática de atender o pleito.

Invoca-se aqui novamente as palavras de Gustavo Amaral (2010, p. 119):

As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz. Esta justificativa poderá ser apenas a existência de circunstâncias concretas que impeçam o atendimento de todos que demandam prestações essenciais e, assim tornam inexoráveis escolhas trágicas, conscientes ou não. Estando presentes circunstâncias desse tipo, haverá espaço para escolhas, devendo o Estado estabelecer critérios de alocação dos recursos e conseqüentemente, de atendimento às demandas, o que tornará legítima a não entrega da prestação demandada para aqueles que não estão enquadrados nos critérios.

De se observar que deste parâmetro sugerido decorre uma paralela obrigação do julgador, qual seja, albergar a produção da prova por parte da administração. Não é incomum se deparar com julgados que se limitam a, com escoro no art. 196 da Constituição Federal, defender uma geral obrigação do Estado quanto ao direito à saúde ao tempo em que menospreza os aspectos orçamentários<sup>45</sup>. A justificar esta preocupação vejamos o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

---

<sup>45</sup> TJPR - Processo 0775432-7 - 4ª Câmara Cível - DJ: 649 - 2011

AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. RECUSA DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO DENOMINADO RITUXIMAB 375MG/M2, PRESCRITO PARA TRATAMENTO DE ANEMIA HEMOLÍTICA AUTO-IMUNE (CID D59.9). RECURSO NÃO CONHECIDO EM RELAÇÃO À ALEGAÇÃO DE CHAMAMENTO DO PROCESSO, DA UNIÃO FEDERAL. QUESTÃO EM QUE JÁ SE OPEROU A PRECLUSÃO. DEVER DO ESTADO AO FORNECIMENTO DO FÁRMACO. INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISAM ASSEGURAR A SAÚDE DAQUELES QUE, SEM CONDIÇÕES FINANCEIRAS, NECESSITEM DE MEDICAMENTOS QUE PERMITAM ASSEGURAR SEU DIREITO FUNDAMENTAL. **INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. EVENTUAIS DIFICULDADES DE ORDEM ORÇAMENTÁRIA NÃO DEVEM SERVIR DE IMPEDIMENTO NA OBTENÇÃO DA MEDICAÇÃO NECESSÁRIA AO TRATAMENTO DA DOENÇA DA PACIENTE.** DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA DO MEDICAMENTO, JÁ QUE O MEDICAMENTO FOI PRESCRITO POR PROFISSIONAL MÉDICA HABILITADA, ACOMPANHADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO CONSTANTE NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO RELEVANTE PARA EMBASSAR AS ALEGAÇÕES DO APELANTE. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NEGADO PROVIMENTO<sup>46</sup>. Grifo nosso. (Acórdão: 40563 - 4ª Câmara Cível - Processo: 0770630-3 - Julg: 21/06/2011 -DJ: 663)

A questão por certo não envolve uma análise de hierarquia de valores e princípios constitucionais, vale dizer, não se está de forma alguma a afirmar que questões orçamentárias devam prevalecer sobre o direito à saúde. Muito pelo contrário, o que se quer é encontrar maneiras objetivas de estender tal direito a um maior número possível de pessoas e, para tanto, os aspectos orçamentários não poder ser desconsiderados.

Um segundo parâmetro relacionado às provas, e até como decorrência do acima exposto, diz respeito à existência de um cenário processual passível de comportar a máxima produção probatória possível, o que, à evidência, somente se torna possível através de um processo de conhecimento (ordinário) que faculte uma ampla instrução.

Tal observação se faz oportuna diante da não incomum impetração de Mandado de Segurança almejando comandos impositivos da obrigação de prestar o direito à saúde. Ainda que constitucional seja tal remédio processual, sabe-se que pressuposto seu é a existência de prova pré-constituída do direito líquido e certo que

---

<sup>46</sup> Acórdão: 40563 - 4ª Câmara Cível - Processo: 0770630-3 - Julg: 21/06/2011 -DJ: 663

diz possuir o impetrante, fato este a redundar na ausência, em seu rito, de uma fase instrutória. Ocorre que, ante a particularidade da matéria a ser analisada, a instrução se faz necessária, seja para propiciar a administração demonstrar, entre outros fatos, a incapacidade orçamentária, seja para, em se tornando controvertida a patologia ou o medicamento buscado, propiciar ao autor igualmente comprovar o seu direito. Tais comprovações, somente feitas no curso do processo, são incompatíveis com o rito preconizado pela Lei n.12.016/2009, o que imporia ao juiz, nos termos do art. 10 da referida norma, o indeferimento da inicial.

#### **4.2.4 Ampliação do Diálogo Institucional**

As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá. (SOUZA NETO, 2010, p. 546)

Tal critério parte da premissa de que a melhor decisão é fruto de um amplo diálogo onde, participando o maior número de atores da específica política pública em questão seja, horizontalmente, construída a resposta mais adequada.

É justamente o que Häberle (1997) propunha em sua *Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição* com a quebra do monopólio da interpretação da Constituição e a passagem de uma “sociedade fechada” de intérpretes para uma onde se albergaria toda a sociedade (órgãos públicos, peritos, grupos de classes, opinião pública etc.) que, por vivenciarem o contexto da norma, igualmente seriam agentes ativos do processo hermenêutico. Conclusão prática e processual desta abertura seria o fato de que conforme fosse a intensidade de participação dos intérpretes, diferente deveria ser o grau de controle judicial a ser, no caso, exercido sobre a política pública praticada (ou não praticada).

Parece ser justamente com esta linha de raciocínio que, por força da Recomendação nº 31/2010 e Resolução nº107/2010 do Conselho Nacional de Justiça, passaram-se a formar comissões para monitoramento e resolução das demandas de Assistência à Saúde compostos por juízes, membros do Ministério Público, diretores de Hospitais, advogados, procuradores de Estado, Secretários de

Estado, servidores públicos ligados à área da saúde e representantes do Conselho Regional de Medicina no Paraná<sup>47</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

A falta de legitimidade do poder e de efetividade de nossas constituições, bem como o desrespeito à legalidade constitucional, constituía a marca do Estado brasileiro. Romper com esta realidade jamais foi tarefa fácil, máxime quando ela simbolizava o próprio instrumento de acomodação do poder então reinante.

Tempos passados que sombras ainda deixam no presente. A Constituição de 1988 marcou um novo começo, como um sopro de vida que vê, no futuro, muita coisa a fazer. E está fazendo. O onipotência e insensibilidade do poder de outrora perdem gradativamente espaço para uma legalidade constitucional e o *status* de norma jurídica passa a revestir as normas constitucionais que, não mais como mero programas de ação, assumem força normativa e, mais, passam a impregnar de sentido toda a ordem infraconstitucional.

Os valores constitucionais, paralelamente a esta mudança, também passam a ser outros. Do paradigma individualista emerge-se agora uma vasta gama de

---

<sup>47</sup> Formou-se no Paraná, com este propósito, o Comitê Executivo do Forum Executivo Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde o qual, em 04 de julho de 2011, teria editado uma recomendação à advogados, promotores, juizes, servidores públicos e todos os que, direta ou indiretamente nas tutelas inerentes ao Direito de Saúde, sugerindo: “a) O esgotamento das alternativas de fármacos previstas na lista RENAME e nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, listas suplementares e demais atos que lhes forem complementares, antes de prescreverem tratamento medicamentoso diverso aos pacientes que necessitem de medicamentos do SUS; b) se ainda assim for prevalente tecnicamente a indicação de droga não apresentada nas listas oficiais (divulgadas no site da Secretária Estadual de Saúde – [www.sesa.pr.gov.br](http://www.sesa.pr.gov.br)), o profissional responsável deverá elaborar fundamentação técnica consistente, indicando quais os motivos da exclusão dos fármacos já eventualmente previstos e, se cabível, menção à sua eventual utilização anterior pelo usuário sem que houvesse resposta adequada. c) devem, também, ser identificados quais os benefícios da nova substância prescrita na hipótese concreta (e os riscos decorrentes da sua não dispensação), com a apresentação de estudos científicos eticamente isentos e comprobatórios dessa eficácia (v.g., revistas indexadas e com conselho editorial; revisão do caso com suporte na medicina baseada em evidências - MBE); d) quando pertinente (especialmente quando se tratar de drogas de alto custo), manifestação sobre possíveis vínculos, formais ou informais, do prescritor com o laboratório fabricante do remédio em questão; e) a indicação farmacêutica deverá adotar, obrigatoriamente, a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), constando o nome genérico, seguido do nome de referência da substância. f) da mesma forma se procederá quando o fármaco, embora constante dos Protocolos, for receitado em face de situação diversa da ali descrita”. (Disponível: <http://www.jfpr.jus.br/conteudo/comite-executivo-recomendacao-01/507> - acesso em 20/01/2012).

valores direcionados sobretudo à proteção do ser humano, não enquanto indivíduo isolado de seu meio, mas como elemento integrante de um conjunto maior cuja satisfação de suas necessidades perpassa pela satisfação de um todo, como numa cadeia de interdependência. É a marca da solidariedade a exigir um repensar da sociedade, particularmente dos poderes públicos.

Vale dizer, a sociedade brasileira – agora mais consciente de seus direitos e mais participante do poder – traçou o caminho que pretende seguir. Elegeu certos direitos e os elevou a categoria de *fundamentos* dos demais direitos, blindando-os contra qualquer tentativa de desrespeito, inclusive contra ataques dos próprios poderes constituídos. Neste formato constitucional não mais o legislador possui a rédea livre – como era no paradigma liberal – para em nome de uma insensível maioria tudo decidir, com indiferença às minorias.

Assim, o processo democrático vigente submete-se e vincula-se àqueles conteúdos pré-estabelecidos pelo constituinte e os direitos sociais - que são direitos fundamentais - passam a exteriorizar o mais fiel exemplo dos valores constitucionais antes referidos, posto expressarem-se como autênticos pressupostos à dignidade da pessoa humana.

Houve consequências práticas decorrente destas mudanças, sendo uma delas o ativismo judicial que passou a ocupar o cenário dos juízos e tribunais. Isso porque a realidade evidenciava a impossibilidade de concreção de um Estado Democrático de Direito sem uma efetiva e harmônica participação de todos os poderes constituídos no processo de efetivação dos direitos fundamentais. Com isso, passou-se a uma época de responsabilidade social compartilhada, onde o Executivo, Legislativo, Judiciário, bem como as organizações sociais e todos os demais cidadãos assumem a condição de coparticipes no processo de transformação social.

Resistências e críticas são ofertadas acerca desta nova postura judicial. O próprio fator cultural, derivado da escassa tradição de controle judicial sobre matérias que impunham obrigações positivas por parte do Estado, revela forte resistência. Mas, somado a este fator, questionam especialmente se este ativismo judicial não estaria a afrontar o princípio de separação dos poderes, se não seria ele

antidemocrático ou se tal ingerência irrestrita não traria sérios prejuízos às contas públicas (Teoria da Reserva do Possível).

Percebe-se, entretanto, que estas críticas – além de outras também tratadas neste estudo - não agregam força suficiente a gerar um retorno àquelas realidade passada.

O princípio da separação dos poderes deve ser adequado ao contexto constitucional onde é aplicado, sem jamais esquecer que é ele um mero instrumental do Estado e, como tal, somente se justifica e encontra sua razão de ser caso harmônico esteja com o fim a que se destina. A *separação dos poderes* expressa, antes, uma divisão não estanque de funções que, fulcrada num laço interdependente de colaboração e fiscalização, tende suas ações à concretização do interesse público.

Igualmente, a pecha antidemocrática atribuída aos juízes, em especial porque não seriam eleitos e controlados pelo povo, parece refletir uma incompreensão do que seja uma democracia, pois esta pressupõe mais do que eleições livres, sufrágio universal e alternância de poder. É preciso que os cidadãos tenham um mínimo de condições materiais supridoras de suas necessidades básicas a fim de que possam, com liberdade real, participar do processo político. O Judiciário, assim, quando garante os direitos fundamentais está, de fato, protegendo os próprios pressupostos para o funcionamento da democracia.

Por fim, e não sem completa razão, questionamentos vários são suscitados em torno da postura judicial que se imiscui nas políticas públicas, onerando o erário com suas ordens que, mesmo sob o escoro de comando constitucional, ignora o fato de que a implementação de direitos custa dinheiro e que, muitas vezes, a implementação de um direito, implica no comprometimento de outro.

Por isso é que a reserva do possível não pode ser desprezada. Ao poder público impõe-se o ônus – por ser matéria de defesa – de demonstrar a incapacidade orçamentária e a ausência de respeito à prioridade de escolhas já eleita pelo constituinte. O juiz, por sua vez, deve ter a prudência e responsabilidade necessárias a buscar um equilíbrio entre a prescrição normativa, ainda que constitucional, com a possibilidade real de sua efetivação, sopesando no momento

da aplicando(criação) da norma a existência de possíveis outros direitos que eventualmente possam ser atingidos, em especial de terceiros que se encontram em igual situação.

Com uma maior delimitação do tema em estudo, centrando-o agora no direito fundamental à saúde, evidenciou-se um grande leque de proteção constitucional e infraconstitucional a tal direito, a gerar uma considerável subtração de liberdade dos poderes constituídos, vez que jungidos à critérios normativos pré-estabelecidos.

A ação destes poderes na área da saúde, por consequência, deve estar voltada necessariamente ao atendimento da população de forma universal e igualitária, garantindo um atendimento integral, preventivo, curativo e, acima de tudo, humanizante, no sentido do beneficiário do serviço não ser visto como um mero encargo estatal, mas como um ser singular cujo valor – hierarquicamente superior a qualquer outro - decorre de seu simples existir.

Reconhece-se, entretanto, que da clareza normativa do ordenamento nacional não decorre a simplicidade de aplicação prática, especialmente diante da dificuldade em dar efetividade aos comandos e princípios constitucionais num cenário fático marcado por uma complexa e numerosa gama de necessitados de atendimento. Após a análise da posição de parte da doutrina acerca dessa problemática, o que fez vir a tona a questão afeta ao mínimo existencial, defendeu-se que a vida deve constituir o núcleo intangível e insuperável. As escolhas trágicas, ainda que devam ser feitas, jamais poderão permitir o aniquilamento da vida, sob pena de todo o discurso próprio do neoconstitucionalismo não passar de retórica distanciada do escopo a que defende.

Ao serem analisadas as vantagens e desvantagens do regime constitucional do direito à saúde, percebeu-se que a judicialização deste direito revela somente uma mera ponta do *iceberg* no rol de questões que clamam por sério enfrentamento. A falta de efetiva aplicação do orçamento público empenhado, os problemas de gestão pública, que decorrem essencialmente da estrutura administrativa excessivamente burocrática, verticalizada e obsoleta, bem como a corrupção e os desvios de recursos públicos cotidianamente mostrados pela imprensa apontam o

longo caminho que ainda se tem à percorrer para uma real concreção deste direito fundamental.

Fez-se, ainda, uma análise da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito à saúde, tendo por parâmetro dois de seus julgados, tido como referenciais àquela corte e aos demais integrantes do Judiciário deste País. O primeiro, de lavra do Ministro Celso de Mello e lançado a mais de uma década, consolidou uma nova postura judicial na implementação dos direitos fundamentais, especialmente por reconhecer ao cidadão o direito subjetivo de invocar a tutela diretamente em face do poder público. Já no segundo julgado, de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, conferiu-se uma maior dose de racionalidade no julgamento, a partir da fixação de parâmetros para a ação do julgador quando instado à ordenar o fornecimento de tratamentos médicos ou medicamentos.

Junto ao Tribunal de Justiça do Paraná procedeu-se uma coleta de julgados - limitada aos anos de 2009 e 2010 - como forma de melhor forma de compreender a realidade local. Procurou-se especialmente saber o tipo de medicamento ou tratamento buscado, a fundamentação utilizada, o tipo de procedimento utilizado e o resultado da pretensão.

Deste estudo, pode-se constatar a similitude entre muitos dos objetos das ações ajuizadas, o que autorizaria o ajuizamento de demanda coletiva como forma de gerar uma maior universalidade da decisão e um melhor controle orçamentário por parte do administrador, bem como se percebeu que a grande maioria das ações era instrumentalizada através de mandado de segurança, vindo ao encontro do entendimento – igualmente esboçado em muitos dos acórdãos lançados no Tribunal do Paraná – da possibilidade de dispensação da instrução probatória, fator este que se mostra preocupante, especialmente porque tolhe do réu a possibilidade de demonstrar, por exemplo, a ineficácia do medicamento pretendido ou a incapacidade orçamentária em custeá-lo (“reserva do possível”).

Passando à parte final deste trabalho, procurou-se delinear alguns parâmetros para o agir do magistrado, os quais além de reforçar a racionalidade da resposta estatal (Estado-Juiz), serviriam de mecanismos de redução do ônus argumentativo do magistrado em seu mister.

Assim, de tudo o que foi exposto uma certeza se pode ter. Esta era de ativismo judicial não decorre de uma desmotivava e inconsequente postura dos juízes. É ela reflexo de uma realidade social carente de tutela e cansada dos desmandos e omissões e da consciência que passaram a ter os juízes de que também possuem uma cota de responsabilidade no processo de inclusão dos excluídos.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V. ; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta. 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª. Edição alemã. São Paulo: Malheiros. 2008.

AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolhas. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª. Ed. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2010.

BARCELLOS, A. P.; BARROSO, L. R. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistapro/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistapro/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em 11/07/2011

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARBOSA, E. M. Q. **Jurisdição Constitucional. Entre o Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, R. **Direitos Fundamentais. Democracia e Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assessoria de Comunicação da Câmara dos Deputados, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assessoria de Comunicação da Câmara dos Deputados, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assessoria de Comunicação da Câmara dos Deputados, 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assessoria de Comunicação da Câmara dos Deputados, 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 8.080/1990**. Brasília: 1990. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 12.153/2009**. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45-9** – Distrito Federal – Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004 - Publicado no Diário da Justiça em 04/05/2004

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 168**, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, PP-03047 EMENT VOL-01577-01 PP-00027. Publicado no Diário da Justiça em 20/04/1990

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 1367 AgR**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, acórdão eletrônico DJE-238 Publicado no Diário da Justiça em 16/12/2011

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 271286 AGR**, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, Dj Pp-00101 Ement Vol-02013-07 Pp-01409. Publicado no Diário da Justiça em 24/11/2000

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **SL 47 PE** - Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente) . Julgamento: 17/03/2010 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJE-076 DIVULG 29-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001. Publicado no Diário da Justiça em 30-04-2010

CANELA JÚNIOR, O. **O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas.** In. O controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO FORTES, P. A. **Ética, direitos dos usuários e políticas de humanização da atenção à saúde.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v13n3/04.pdf>> Acesso em 3/02/2011.

COSTA SABINO, M. A. **Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde.** In. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CUNHA JÚNIOR, D. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível.** In Leituras Complementares de Constitucional. Org. Marcelo Novelino Camargo. Salvador: JusPODVM, 2006.

FAORO, R. **Os donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro.** – 3ªed. Ver. São Paulo: Globo, 2011.

FRANCISCO, J. C. **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

GONÇALVES, N. P. S. M. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná - UFPR, 2009. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22550/1/NICOLE\\_GONCALVES DISSER TACAO.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/22550/1/NICOLE_GONCALVES DISSER TACAO.pdf)>. Acesso em: 11/07/2011

HÄBERLE, P. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da**

**Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997(reimpressão 2002).

HENRIQUES. F. V.. **Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional.** In Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS). Saúde.** Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207\\_sipssaude.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf).> Acesso em 29/12/2011.

KELLER, A. A. **A exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed. 2007.

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

MIRANDA, J. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996

MORAES, M. C. B.. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, E. R. **Uma análise da política de saúde brasileira pós-Constituição de 1988.** *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* DTR, vol. 76, Jul / 2011.

MENDONÇA, E. **Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas.** In: Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NERELLY, Leonardo Araujo. **O Ativismo Judicial e seus limites frente ao Estado Democrático**<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>> Acesso em 10/07/2011

NOVAES, J. R. **Contributo Para Uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra: Almedina, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **ARC 143129-6/01.** I Grupo de Câmaras Cíveis - Curitiba - Rel.: Salvatore Antonio Astuti - Unânime - Publicado no Diário da Justiça em. 04/09/2003

\_\_\_\_\_4ª Câmara Cível - **ACR 0387800-8** - Paranavaí - Rel.: Desª Anny Mary Kuss - Unanime - Publicado no Diário da Justiça em 19/06/2007

RAIMUNDINI, S.L.; SOUZA, A. A. **Análise do estado atual da gestão financeira em hospitais públicos no Brasil.** In revista Contab.Vista &Rer. Belo Horizonte, v.14, n.1, p.49/75, abr.2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AI 70012715108,** Primeira Câmara Cível. Relator: Irineu Mariani, Julgado em 24/08/2005, Publicado no Diário da Justiça em 30/08/2005

SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Edição 2008.

SARLET, I. W ; FIGUEREDO, M. F. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. In DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORÇAMENTO E RESERVA DO POSSÍVEL. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

SARLET, I. W. **Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Renovar: São Paulo, 2006.

SARMENTO, D. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2010

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_ **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros. 2002

SOUZA NETO, C. P. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros**. In Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, D. W. L. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80\\_Daniel%20Wang.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf)>. Acessado em 20/12/2011