

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VICTÓRIA CLAUDINO POSSAS

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E OS DESAFIOS DE SUA CONCRETIZAÇÃO PELO
PODER JUDICIÁRIO - UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.

CURITIBA
2015

VICTÓRIA CLAUDINO POSSAS

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E OS DESAFIOS DE SUA CONCRETIZAÇÃO PELO
PODER JUDICIÁRIO – UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito,
no Curso de Direito Diurno, Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade Federal
do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Melina Girardi
Fachin.

CURITIBA
2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, minha rocha e minha fortaleza, o Princípio e o Fim de tudo que sou. Muito obrigada Senhor por me levar todos os dias em seus braços e por me proteger sob Tuas asas, pois sem Ti não seria possível completar mais essa etapa de minha vida. E peço, que em Sua infinita bondade e misericórdia, continue a iluminar e guiar os meus passos e minhas decisões, porque sei que o caminho que avisto a minha frente é longo e, inevitavelmente, com obstáculos, mas nunca permita que eu esmoreça, nem me abale, pois tudo, tudo, é pra Tua honra e para Tua glória.

Agradeço a Deus pelo seio familiar em que me colocou. As palavras são poucas para expressar a minha gratidão aos meus queridos e amados pais. A garganta seca, os dedos tremulam e a lágrima de felicidade e reconhecimento escorre em meu rosto. Muito obrigada a minha mãe, Zenaide Claudino Possas, e ao meu pai, Marcos Elias Possas, foi graças aos ensinamentos que vocês me passaram e passam, todos os dias, que cheguei até aqui. E é graças ao encorajamento e incentivo de vocês que posso vislumbrar lugares mais altos. Muito obrigada por me ensinarem todos os dias o verdadeiro significado de família, o amor incondicional, o zelo e cuidado permanentes, o doar-se ao outro integralmente e sem questionar. Muito obrigada, amo muito vocês!

Não poderia deixar de expressar meu agradecimento à Universidade Federal do Paraná e à Faculdade de Direito, pois pude vivenciar e usufruir da educação pública, gratuita e de excelente qualidade. Foram cinco belos anos da minha vida em seus corredores, salas de aula e biblioteca. Muito obrigada pelas aulas magistrais de cada professor, muito obrigada pelas amizades que levarei para a vida. Desço a escadaria, por entre suas encantadoras colunas, e me sinto preparada para os desafios que a vida me imporá. Mas não saio definitivamente, não viro as costas e digo adeus, mas digo até breve, pois pretendo retornar à casa que tão bem me recebeu e retribuir, ao menos um pouco, tudo o que aprendi.

Agradeço também de maneira especial a minha orientadora Prof.^a Melina Girardi Fachin que já em meu segundo ano da faculdade mostrou as belezas encantadoras do Direito Constitucional. Muito obrigada pela orientação deste trabalho, por toda dedicação e cuidado que teve ao me conduzir nessa aventura. Espero que as pretenciosas linhas desse estudo estejam à altura da orientadora.

Muito obrigada!

Deixo meu agradecimento também ao Juiz Substituto Marco Antônio Massaneiro, com quem tive o privilégio de estagiar por dois anos no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e que me inspirou como profissional ético e dedicado à sua vocação, e a toda equipe do gabinete. Muito obrigada por demonstrar-me, na prática, a importância que o magistrado possui como agente ativo no cenário democrático e como é difícil ter o rumo de vidas a depender de uma caneta, de uma decisão.

Agradeço imensamente a todos os que participaram da minha caminhada acadêmica, mesmo que por períodos breves, sejam meus familiares, amigos, ou colegas com quem tive o prazer de estagiar. Especialmente, agradeço ao Franco Baggio Zermiani, com quem compartilhei grande parte das minhas alegrias, angústias e dúvidas. Muito obrigada por entrar em minha vida e por trazer cores ainda mais vivas. E que os nossos caminhos, futuramente, se tornem um, lado a lado.

Muito obrigada a todos!

RESUMO

O presente trabalho aventura-se nos meandros que envolvem o direito fundamental à saúde e a sua concretização pelo Poder Judiciário. Busca-se introduzir o leitor, primeiramente, no conceito de direitos fundamentais bem como o seu regime jurídico e o sua proteção pela Constituição Federal de 1988. Após, passa-se ao estudo de alguns conceitos como mínimo existencial e dignidade da pessoa humana que norteiam (ou deveriam nortear) tanto a Administração Pública na efetivação e alocação de recursos com o objetivo de implantar polícias públicas voltadas ao direito à saúde, quanto servem de bússola aos julgadores quando se deparam com ações que pretendem, por exemplo, o fornecimento de medicamento ou tratamento médico diante da omissão e ineficácia do Poder Público. E finalmente, volta-se para a análise da importância que tem o Poder Judiciário como ator no cenário democrático quanto à efetivação e concretização do direito à saúde, evitando ou remediando os prejuízos causados pela omissão da Administração Pública e a ausência de políticas públicas. Na pretensão de compreender a racionalidade das decisões judiciais, analisar-se-á mais de perto a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, traçando-se um roteiro a partir do qual a reserva do possível não é uma cláusula absoluta e o mínimo existencial a uma vida digna é atendido, respeitando-se as vicissitudes de cada caso concreto e atentando-se às consequências fáticas e jurídicas da decisão tomada.

Palavras-chaves: direito fundamental - direito à saúde - mínimo existencial - efetividade - Poder Judiciário - reserva do possível.

ABSTRACT

This research surrounding the fundamental right to health and their implementation by the Brazilian Judiciary. The main objective is to introduce the reader, first, the concept of fundamental rights as well as their legal status and their protection by the Federal Constitution of 1988. After, goes to the study of concepts as an existential minimum and human dignity that guide (or should guide) both Public Administration in the effectiveness and resource allocation in order to implement public police focused on the right to health, as well as a compass to judges when faced with actions intended, for example, to supply medicine or medical treatment due to the failure and inefficiency of the government. Finally this research, turns to the analysis of the importance of the Brazilian Judiciary as an actor in the democratic scenario as to the effectiveness and implementation of the right to health by preventing or remedying the damage caused by the omission of Public Administration and the absence of public policies. Claiming to understand the rationality of judgments, draws up a roadmap from which the reserve for contingencies is not an absolute clause and the minimum core obligation for a dignified life is fulfilled, respecting the vicissitudes of the individual case and paying attention If the factual and legal consequences of the decision taken.

Key-words: fundamental right - the right to health - minimum core obligation
- effectiveness - Judiciary - Reservation as possible.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	10
2.1 DA NECESSIDADE DE UMA VISÃO HOLÍSTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	15
2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	19
3. O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	21
3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	25
3.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL	29
3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS	31
4. DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO: JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	36
4.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	38
4.2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL	44
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.....	50
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS	62

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 é inegavelmente, se comparada com as suas predecessoras, rica e vasta em dispositivos que buscam tutelar os direitos e garantias fundamentais, isso se deve principalmente ao contexto histórico, político e social no qual foi elaborada.

Embora tais direitos assim denominados fundamentais estejam albergados no texto constitucional, sendo detentores de eficácia imediata e possuindo uma posição topográfica de supremacia hierárquico-interpretativa em relação aos demais direitos constitucionais, ainda assim é possível averiguar que muitos direitos fundamentais não são respeitados e/ou concretizados de fato, o que leva o cidadão a buscar a efetivação por meio do Poder Judiciário.

Assim, o início deste estudo debruçar-se-á sobre a necessidade de compreender a importância dos direitos fundamentais como um todo, um conjunto integrado, uno, em que os direitos se complementam. Afasta-se a ideia de direitos de defesa e direitos prestacionais, pois a subjetividade do indivíduo é única, não é repartida e a sua dignidade está intrinsecamente ligada ao respeito de todos os direitos fundamentais à vida digna, possibilitando a inserção do indivíduo no meio social.

Defende-se que os direitos fundamentais empoderam o indivíduo outorgando-lhe a possibilidade de exigí-los perante os Poderes constituídos, e na falta de atuação estatal para assegurar o mínimo existencial à dignidade do cidadão, tem-se que o Estado Democrático de Direito deve assegurar os meios para que as demandas cheguem ao Poder Judiciário.

Especificamente quanto ao direito fundamental à saúde, aventa-se a sua importância na realização do mínimo existencial de cada indivíduo, pois sem condições mínimas e adequadas de uma vida saudável, não há como exercer os demais direitos. E é frente à necessidade de proporcionar o mínimo essencial a cada indivíduo e a todos que reside a questão central deste trabalho.

O direito à saúde como todos os outros direitos fundamentais depende da prestação estatal, certo que alguns direitos precisam de maior suporte do Estado e outros menos, mas justamente a prestação positiva do Poder Público e da alocação de recursos para promoção de políticas públicas tornam-se empecilhos para a concretização de tais direitos.

No entanto, o indivíduo e a coletividade não podem ter as condições de (sobre)vivência restringidas e mitigadas em face de argumento meramente político e orçamentário. O Brasil, país tão desigual, não pode permitir que os poderes constituídos aleguem a chamada reserva do possível para imiscuir-se do seu dever de promover os direitos fundamentais, reconhecidos, inclusive, em Tratados Internacionais. A administração pública deve empregar todos os esforços possíveis para canalizar de maneira racional e eficaz os meios financeiros a fim de garantir o mínimo essencial a uma vida digna, dando ao cidadão condições de posicionar-se ativamente na vida social, igualdade de condições e chances, todos têm direito de participar ativamente do cenário social em suas mais variadas facetas.

Afastando-se o argumento da reserva do possível, ainda é possível averiguar que as demandas diárias quanto ao direito à saúde só aumentam e a Administração Pública, não raro, não consegue garantir nem ao menos o núcleo essencial às classes menos favorecidas. E é por isso, que, diante da ineficácia da atuação estatal e das políticas públicas, abre-se nesse estudo as janelas para uma visão fundada no imprescindível papel do Poder Judiciário no respeito aos direitos fundamentais compreendidos como um conjunto indissociável, buscando respeitar e concretizar as bases e princípios do Estado Democrático de Direito.

Através de decisões racionais, analisando todas as vicissitudes que cercam o caso concreto, passar-se-á a uma meditação mais profunda e detida do lugar que ocupa o julgador na efetivação do direito fundamental à saúde, bem como as dificuldades fáticas e jurídicas que permeiam cada demanda judicial.

E finalmente, para auxiliar e complementar o estudo a respeito dos desafios que enfrenta o Poder Judiciário far-se-á uma coleta da mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para se compreender quais os posicionamentos adotados pelos magistrados e seus argumentos jurídicos, traçando um perfil da jurisprudência do Poder Judiciário Estadual do Paraná.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Imprescindível para o desenvolvimento do presente estudo, a compreensão do que se pode entender por direitos fundamentais, o seu papel central no Estado Democrático de Direito, atentando-se para a sua dificuldade (ou até impossibilidade) em conceituar de forma estática o que são ou quais são os direitos considerados fundamentais ao homem, a todo ser humano vivente. E ainda, cabe aqui ressaltar a importância em olhar crítico à atual aplicação dos direitos fundamentais pelo Poder Público, pois o presente trabalho, já à primeira vista, como aviso ao leitor, posiciona-se para uma interpretação e para uma aplicação integrada e holística dos direitos fundamentais.

2.1 DA NECESSIDADE DE UMA VISÃO HOLÍSTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com as lições de Paulo Grossi, jurista italiano, é somente graças à comparação temporal/espacial, alargando-se o ponto de vista, que é possível alcançar a compreensão do presente, a percepção do sentido da linha atual na qual o presente se coloca e da qual constitui somente um ponto e a capacidade de encaminhar a construção do futuro¹.

Importante frisar, antes de adentrar ao desafio de se fazer um relato histórico acerca da origem e das alterações de conteúdo dos direitos fundamentais, que há evidentes dificuldades (ou até mesmo certas impossibilidades) em se resumir séculos da história do pensamento e da produção intelectual da humanidade em algumas linhas, e ainda, deve-se considerar o contexto em que o narrador se encontra, os limites que existem para todo e qualquer pesquisador, e as finalidades do trabalho científico que se realiza.

Há que se atentar para o fato de que o estudo linear da história do direito, aqui retratada pela história dos direitos fundamentais, acaba, muitas vezes, impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades

¹GROSSI, Paulo. **Primeira Lição sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37.

que pertencem ao presente². Evidentemente que isso não significa defender uma postura de neutralidade axiológica que sequer existe, mas significa demonstrar os possíveis erros a que todo narrador ou historiador está sujeito a cometer, pois há muitas vezes uma postura, mesmo que involuntária, que projeta sobre o passado as categorias mentais e sociais do presente³.

Feitas as considerações quanto aos limites metodológicos deste ponto inicial do trabalho, é salutar destacar que o presente estudo não coaduna com o entendimento e ensinamentos de doutrinas que defendem uma visão dicotômica ou repartida em gerações e dimensões dos direitos fundamentais.

Antes de apontar os motivos e razões para afastar a concepção dimensional e fragmentada dos direitos fundamentais, mostra-se necessário, mesmo que rapidamente, analisar o objeto, ou melhor, o alvo de tal crítica.

Tomando como base os escritos Ingo Wolfgang Sarlet⁴, a doutrina mais clássica elenca como marco inicial dos direitos fundamentais a Europa Ocidental do Século XIII, passando pelo jusnaturalismo, pelas teorias contratualistas dos Séculos XVI a XVIII, com o reconhecimento dos direitos naturais individuais, deduzidos do direito natural e tido como expressão da liberdade do ser humano frente aos outros e frente ao Estado. A partir de então, com fito em uma visão esquematizada, passou-se a usar a expressão “gerações”⁵ dos direitos fundamentais para designar as alterações de conteúdo no transcorrer da história e dos diversos contextos sociais.

Mas tanto a concepção jurídico-doutrinária dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões - conceito utilizado com o objetivo de não dar a falsa ideia de que os direitos se sobrepõem ou são substituídos pelas gerações subsequentes – somente auxiliou, no plano constitucional interno dos Estados (inclusive no Brasil) a cimentar uma visão partida e não integral dos direitos dos direitos⁶.

A título elucidativo, a doutrina classicamente separa os direitos fundamentais de primeira dimensão como os reconhecidos nas primeiras Constituições escritas, produtos do peculiar pensamento liberal-burguês do século XVIII. Tais direitos

² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 112.

³ Ibidem. p. 154-155.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 31-35.

⁵ Ibid. p. 45.

⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 85.

possuem evidente cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e face da esfera de autonomia individual de cada cidadão⁷.

Os direitos fundamentais individuais de primeira dimensão se relacionam intimamente com o Estado Liberal que emergiu com traços bem delineados após a Revolução Francesa, no final do século XVIII. O quadro político, econômico e social era guiado pela liberdade individual, autonomia do cidadão em gerir suas atividades, isto é, havia uma quase ausência do Estado na esfera privada do indivíduo⁸.

Como não se conseguiu, porém, com o uso dessa expressão primária, a concretização material desses direitos para grande parte da população que ainda vivia alijada da sociedade e do modo de produção capitalista do Estado Liberal, veio à tona a necessidade de complementação pelos chamados direitos e segunda geração/dimensão.

A não interferência do Estado das relações sociais fez aumentar a disparidade econômica entre os burgueses, detentores dos meios de produção, e a classe trabalhadora. As instituições privadas já não atendiam aos clamores feitos pela sociedade e, assim, o Estado Social viu-se como o agente de mudança necessário para alcançar o equilíbrio social através de prestações positivas. Então, em meio a esse momento histórico que se fizeram presentes os movimentos reivindicatórios pelo progressivo reconhecimento de direitos que garantissem maior justiça, igualdade e bem-estar social⁹. O cunho distintivo desses direitos em relação aos de primeira geração é a sua faceta prestacional.

Existem ainda, por mera ilustração, os direitos de terceira dimensão que apresentam como principal ponto distintivo dos direitos anteriormente citados o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, ou seja, destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusos. A título exemplificativo, pode-se mencionar o direito à paz, solidariedade,

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. Cit. p. 47.

⁸ PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **A constitucionalização do Direito à saúde e sua concretização via aplicação da normal constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 81. p. 105 e ss, out/2012.

⁹ PESSOA, Flávia M. G; MACHADO, Clara C. **Direito à saúde e controle judicial de políticas públicas**. **Revista Evocati**, s.l.p.5. Disponível em: http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=277> Acesso em 29/06/2015.

fraternidade, aos meio ambiente equilibrado e saudável, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e ainda o direito à comunicação¹⁰.

Esta breve explanação acerca da “evolução” geracional ou dimensional é inadequada, uma vez que representa uma noção apequenada dos diferentes direitos tipos como fundamentais para a existência humana e digna. Tal concepção leva à falsa percepção de que os direitos de primeira geração, os direitos individuais e de liberdade sucedem no tempo e na importância os direitos de segunda geração, os direitos sociais¹¹.

Essa ideia partida rompe com uma visão holística e universal dos direitos, tendo em vista que estes compõem um todo plural dialogando diretamente com a dignidade da pessoa humana, democracia e Estado de Direito.

Nas palavras de Melina Girardi Fachin, a dicotomização entre os direitos humanos/fundamentais teve seu marco com o Pacto Internacionais dos Direitos Civis e Políticos¹² e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³ que buscaram dar maior densidade e exigibilidade aos direitos previstos na Declaração Universal de 1948¹⁴. A intenção da Declaração foi justamente possibilitar a compreensão universal e holística dos direitos, fundando-se no reencontro das noções de pessoa, ser humano e sujeito de direitos, e propiciando a extensão de um conjunto mínimo de direitos a todos os seres humanos no globo.

A partir dessa bifurcação engendrada pelos dois pactos, consolidaram-se regras disciplinadoras bem distintas entre os direitos previstos e tutelados em cada documento. Os direitos civis e políticos passaram a ter regime jurídico bem diferente dos direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente no tocante à implementação dos direitos e a obrigação exigida dos Estados. Assim, os primeiros poderiam ser exigidos imediatamente perante o Estado sem dispêndios econômicos, enquanto os segundos dependeriam de um plano de ações e medidas estatais para serem exigíveis. Infelizmente, nessa conjuntura, houve a ruptura do nexo de interdependência e igualdade entre ambas as categorias de direitos¹⁵.

¹⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 48.

¹¹ FACHIN. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 86.

¹² Cf. DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 08/10/2015.

¹³ Cf. DECRETO Nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso em 08/10/2015.

¹⁴ FACHIN. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p.47.

¹⁵ FACHIN. Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 50-68.

O tratamento diferente entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais produz o enfraquecimento da visão dos direitos sociais, pois estes estariam à mercê da implementação de políticas concretas para a sua efetivação, dependendo ainda da alocação de recursos financeiros, que como será adiante analisado, não pode ser um argumento hábil a afastar a obrigação estatal¹⁶. Todos os direitos fundamentais, em maior ou menos grau reclamam uma plataforma política pública de modo a garanti-los, independentemente se exigem um comportamento absenteísta ou realizador do Estado. Todos os direitos em certo grau custam ao Estado¹⁷, todos os direitos são positivos, ou seja, todos são reivindicações de uma resposta afirmativa por parte do Estado.

É preciso que se desmanche a irreal imagem dicotômica dos direitos fundamentais, pois a indivisibilidade é condição para a sua plena realização, isso porque quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos fundamentais compõem uma unidade que deve ser apreendida de maneira indivisível, dialética e interdependente¹⁸.

Portanto, o presente estudo aventa ser imprescindível repensar os direitos fundamentais como componentes de um todo unitário que se complementa, não cabendo mais as diferenciações entre direitos geracionais, nem direitos de defesa e direitos prestacionais. Somente com a visão do todo é possível garantir o mínimo para uma vida digna às pessoas, os direitos não podem ser fragmentados nem obstaculizados pelo fato de dependerem de maior amparo estatal.

Todos os direitos juntos possibilitam meios materiais aos indivíduos de construir e dotar de sentido a sua própria realidade e existência. E o Poder Judiciário, na visão deste trabalho, é chamado a dar uma nova roupagem e interpretação aos direitos fundamentais, rompendo com a repartição e buscando a maior realização possível da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 169-173.

¹⁷ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W.Norton & Co, 1999, p. 25 *Apud* FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op cit. p. 94.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios dos *ius commune* sul-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 3, n.2. p. 208, jul./dez. 2011.

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Como dito, a visão repartida ainda é muito presente no cenário normativo internacional quanto aos direitos humanos, e isso refletiu diretamente no âmbito dos ordenamentos constitucionais dos Estados, acarretando graves consequências para a configuração dos direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente, quanto à aplicabilidade.

Trazendo para a realidade da Constituição de 1988, é inegável que houve uma ruptura histórica e jurídica, pois os direitos sociais foram expressamente elencados como direitos fundamentais. Todavia, como bem pontua Melina Girardi Fachin, não há no texto constitucional assunção da interdependência entre esses direitos já que inexistente qualquer ponte de realização e necessidades recíprocas entre os direitos¹⁹. E tal fato induz no ordenamento pátrio aquela falsa ideia de que os direitos sociais são mais difíceis de serem realizados, dependem de recursos públicos e não podem ser exigidos imediatamente.

A par das inúmeras críticas que podem ser tecidas quanto às contraposições de natureza jurídica, política e econômica que minam a verdadeira integralidade dos direitos na Constituição de 1988, deve-se atentar para o foco do presente trabalho, qual seja a precisão do direito social à saúde como direito fundamental constitucional, o seu conteúdo mínimo exigível e os desafios que permeiam a atuação jurisdicional no tocante a um tema tão delicado quanto a vida humana.

Os direitos sociais foram elevados ao patamar de direitos fundamentais constitucionais a partir da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 outubro de 1988 (CRFB/88), mais propriamente o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

O poder constituinte reconheceu sob o mesmo título um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais²⁰, e tal escolha legislativa tem efeitos tanto na aplicabilidade e efetividade das normas instituidoras de tais direitos, quanto na sua proteção frente a possíveis violações pelo legislador futuro e pelos

¹⁹ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 82.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. p.14

sujeitos passivos.

A grande inovação do legislador constituinte de 1988 foi prever expressamente os direitos sociais como direitos fundamentais. A redação do artigo 6º, *caput*, da CRFB/88, dentro do Título II, elenca os direitos sociais assegurados a todos os cidadãos, e são eles o direito à educação, saúde, alimentação trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Percebe-se que o direito social à saúde, objeto de estudo do presente trabalho, é um direito fundamental, e para se compreender a tendência cada vez maior de sua judicialização, é de extrema importância analisar as características jurídicas que permeiam as normas de direitos fundamentais sociais no ordenamento constitucional brasileiro, o conteúdo mínimo existente para assegurar uma vida digna, bem como as restrições normativas e fáticas que envolvem a concretização do direito à saúde tanto pelo legislador, quanto pelo administrador e pelo juiz.

Primeiramente, deve-se ter em mente que as normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais possuem uma faceta formal e outra material, são direitos dotados de relevância e essencialidade a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normativamente reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais. Ademais, apresentam uma dimensão de eficácia subjetiva²¹, uma vez que os cidadãos podem exigir, como titulares, o respeito e a promoção dos direitos que lhe são assegurados como fundamentais, e uma dimensão objetiva, isto é, os sujeitos passivos, Estado, entes públicos e particulares, devem cumprir os deveres constitucionais de proteção e concretização dos direitos fundamentais.

Como dito, a Constituição de 1988 revelou-se um divisor de águas na história do Estado Democrático de Direito no Brasil, e uma de suas inovações foi justamente atribuir significado ímpar aos direitos fundamentais que assumem relevância em vista da disposição topográfica²² de tais direitos nos primeiros artigos da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais da República.

A localização topográfica dos direitos e garantias fundamentais no texto constitucional traduz (ou pelos deveria traduzir) maior rigor lógico, na medida em

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 174.

²² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In. SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. p.71.

que os direitos fundamentais passam a constituir parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, e também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais, primando pelo respeito e promoção dos direitos essenciais para a uma vida digna de todo e qualquer indivíduo.

Elementar compreender que o rol de direitos fundamentais elencados pelo constituinte não pode ser compreendido como taxativo, isso porque há direitos fundamentais previstos em outros textos normativos que muitas vezes complementam o conteúdo aberto e indeterminado dos direitos fundamentais constitucionais²³. Existem direitos fundamentais previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em Emendas Constitucionais e em legislação infraconstitucional, conforme previsto no artigo 5º, §2º da CRFB/88. A interpretação não deve ser exaustiva, o intérprete e o operador do direito devem zelar por uma aplicação ampla, extensiva e analógica dos direitos e garantias fundamentais.

Quando se fala que os direitos sociais assegurados pela Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais, tal afirmação tem grande relevância para a aplicabilidade das normas, sendo mais uma inovação significativa do texto constitucional. A redação do art. 5º da CRFB/88 em seus numerosos e detalhados incisos prevê diversos direitos e deveres de ordem individual e coletiva, mas é no §1º do art. 5º que está a crucial previsão de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O legislador constituinte excluiu, em princípio, o cunho programático destes preceitos, podendo o cidadão, o indivíduo exigir imediatamente tanto da Administração quanto aos Poder Judiciário o respeito e a efetivação de seu direito. Assim, ficou consagrado o *status* jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente, devendo-se estender aos direitos sociais previstos no artigo 6º, pois também são direitos fundamentais.

De fato, em respeito ao princípio da máxima efetividade da Constituição, parece mais consentâneo inclinar-se para a possibilidade de aplicação direta e imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente de seu grau de eficácia ou de seu objeto, isto é, deve-se

²³ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 30-37.

compreender os direitos fundamentais como um todo, uma unidade indivisível e interdependente²⁴.

A importância dada pelo legislador constituinte aos direitos fundamentais é de tal monta que estes foram revestidos por uma cláusula de proteção e imutabilidade, já que integrantes da identidade e da continuidade da Constituição e do Estado Democrático de Direito que visa o bem-estar social²⁵.

Por mais que a fixação das do rol das “cláusulas pétrea” previsto no artigo 60, §4º, trate apenas dos direitos fundamentais individuais, vale destacar que tal discrepância pode ser superada pelos princípios e teorias da interpretação constitucional²⁶, buscando a tutela mais ampla e completa possível a todos os direitos fundamentais.

Inegável a existência de pontos passíveis de críticas e ajustes, como a evidente falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, ensejando, muitas vezes, problemas de ordem hermenêutica²⁷, e isso fica claro no artigo 6º da CRFB/88, que enuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos fundamentais sociais.

Mas mesmo com as falhas existentes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo brasileiro, ao menos no que diz com seu reconhecimento e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito e dos indivíduos, como é o caso do acesso ao Judiciário por meio de ações coletivas.

É, pois, justamente considerando o elo entre os direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que dizem com necessidades existenciais de todo e qualquer indivíduo, que, na sequência, se estará a examinar o assim designado mínimo existencial e sua relação com o direito social à saúde²⁸, direito fundamental intrinsecamente relacionado com o bem-estar social.

²⁴ PESSOA, Flávia M. G; MACHADO, Clara C. **Direito à saúde (...)**, Op. cit. p. 7.

²⁵ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde (...)**, Op. cit. p. 50.

²⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 83.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 68.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 18.

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Como explanado no tópico anterior, a Constituição de 1988 consagra, de forma expressa, amplo catálogo de direitos fundamentais. Em parte, a Constituição de 1988 segue a tradição inaugurada pela Constituição de 1934, que, pela primeira vez, incluiu os direitos sociais no seu texto. Sob forte influência europeia, a Carta de 1943 trazia um capítulo específico intitulado “Ordem econômica e social” (arts. 115 a 147), com especial destaque aos direitos fundamentais que regiam as relações trabalhistas. A tradição de destinar um capítulo à ordem econômica e social foi seguida pelas Constituições subsequentes (Constituição de 1937, de 1946, de 1967/69) e apenas rompida pela Constituição de 1988, passando a adotar amplo catálogo de direitos sociais fundamentais²⁹.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são direitos sociais, conforme redação do artigo 6º, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência sociais, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

A fundamentalidade formal decorre da consagração expressa desses direitos no texto constitucional³⁰. O artigo 6º não é norma programática no sentido de ser despida de eficácia imediata, devendo ser considerada norma de direito fundamental e com aplicabilidade imediata, pelo menos quanto ao conteúdo mínimo que carrega, nas palavras de Clémerson Merlin Clève³¹.

A Constituição de 1988 é a primeira a consagrar o direito fundamental de proteção à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas. O direito à saúde, inserido no rol dos direitos fundamentais, possui, inegavelmente, forte cunho prestacional, uma vez que exige ações dos mais diversos tipos por parte do Estado para que sua concretização seja possível, como por exemplo, a realização de exames, atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, especialmente e principalmente à parcela mais carente da sociedade, e tudo a partir da adoção de políticas públicas para dar

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: **Curso de Direitos Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 681.

³⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde** (...), Op. cit. p. 50 ss.

³¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. **Direitos Constitucional Brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 882.

eficácia e efetivar esse direito essencial à existência humana com dignidade³².

O direito à saúde está intimamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e tal princípio mostra-se basilar para a construção e interpretação sistemática da ordem constitucional, que tem no homem o cerne de sua preocupação³³. O respeito à dignidade da pessoa humana é elemento essencial do Estado Democrático de Direito, assim, o direito à saúde deixa de ser mera recomendação do constituinte aos governantes futuros e passa a ser uma imposição constitucional legitimadora de ações estatais que visem a efetivação de tal direito em sua mais ampla acepção.

E é justamente o conteúdo do direito fundamental à saúde que será estudado mais detidamente no próximo capítulo que indicará o caminho a ser trilhado tanto pelas políticas públicas quanto pelo Poder Judiciário em busca da defesa de uma vida digna a todos.

³² PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **A constitucionalização do Direito à saúde e sua concretização via aplicação da normal constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 81. p. 105 e ss, out/2012.

³³ CASTRO, Flávia de Almeida de; VALLE, Caroline; FERREIRA, Marcela Bravo. **União no caso da saúde pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. vol. 102/2012. p. 15 e ss Jan/2012.

3. O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Na Constituição de 1988, o direito fundamental à saúde, previsto no *caput* do art. 6º, foi uma grande conquista como direito público subjetivo de todos e dever do Estado, estabelecendo a universalidade, integralidade, equidade, descentralização, regionalização e participação popular como princípios e diretrizes legais do Sistema Único de Saúde (SUS). Cumpre frisar que mesmo sendo o Estado o principal destinatário dos deveres fundamentais, tal fato não afasta a eficácia no âmbito privado, conectando toda a sociedade em prol da defesa e da concretização dos direitos fundamentais.

A consagração constitucional do direito à saúde está em conformidade com o conceito de saúde estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), compreendendo o completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos³⁴.

A respeito da importância da tutela do direito à saúde em sede constitucional, Ingo Sarlet³⁵ aponta a fundamentalidade material, ligada à relevância do bem jurídico protegido, qual seja a essencialidade da saúde como pressuposto à manutenção da vida com dignidade e a fundamentalidade formal que decorre da posição topográfica que tal direito ocupa no ordenamento constitucional, bem como os limites formais e materiais e, ainda, a sua aplicabilidade imediata, vinculando de forma direta as entidades estatais e os particulares.

Do ponto de vista da fundamentalidade formal do direito implica consequências jurídicas, dentre elas, o lugar mais alto do ordenamento jurídico por integrarem a Constituição, sua alteração encontra limites formais, bem como consubstanciam limites materiais à reforma constitucional e ainda são normas imediatamente aplicáveis, em razão da disposição expressa do artigo 5º, §1º da Constituição, motivo pelo qual vinculam os entes estatais e os agentes privados³⁶.

A fundamentalidade material, por outro lado, denota o fato de que os direitos fundamentais consubstanciam as decisões importantes sobre a estrutura do próprio Estado. Constata-se a fundamentalidade material do direito social à saúde quando se percebe que o bem ou posição jurídica por ele protegida representa uma decisão

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde as 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v. 3. p. 775 e ss. Ago/2011.

³⁵ Idem.

³⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde (...)**, Op. cit. p. 70 e ss.

essencial em relação à estrutura do Estado³⁷.

Como dito, a Constituição de 1988 alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, contemplando muito mais que a noção curativa, mas também abarcou as dimensões preventiva e promocional na tutela fundamental. Ademais, o direito à saúde é um direito de todos e de cada um, na esteira do disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A titularidade universal do direito à saúde vai ao encontro da definição abrangente do texto constitucional, não aceitando interpretação restritiva ou limitativa. Não há exclusões a serem feitas, nem entre brasileiros nem entre estrangeiros residentes no país. Mesmo sendo entendido como direito de interesse coletivo ou difuso, o direito à saúde jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal, assim como da dignidade da pessoa humana considerada em suas particularidades³⁸.

Como dito acima, todos os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, mas o nível de eficácia não será o mesmo para todos os direitos, em todas as funções que exercer. As funções que deve cumprir na realidade concreta reclamam muitas vezes a intervenção concretizadora do Estado, seja legislando ou então prestando de fato políticas públicas.

Em face do conteúdo aberto dos direitos fundamentais, mais especificamente quanto ao direito à saúde, defende-se não ser possível delimitar rigidamente seu contorno através dos mecanismos tradicionais de legislação e interpretação jurídica. É justamente a natureza dessa categoria de direitos que impõe a necessidade de uma redação normativa mais mutável, haja vista a existência de variados fatores que devem ser considerados para o delineamento de seu conteúdo. O direito à saúde encontra-se, portanto, relacionado a inúmeros fatores que muitas vezes não são previamente identificáveis, modificações estruturais da sociedade que exigem repensar o planejamento e as políticas públicas³⁹.

Os chamados direitos de liberdade, que compõem o conjunto dos direitos fundamentais, também não possuem um conteúdo previamente estabelecido de

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Interesse Público - IP, ano 3, n. 12, out./dez. de 2001, p. 91.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Algumas considerações (...)**, Op. cit. p. 755 e ss.

³⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde (...)**, Op. cit. p.74.

maneira rigorosa no texto constitucional. No entanto, os tradicionais direitos de liberdade, lamentavelmente já possuem uma antiga tradição de sedimentação e conformação pelo legislador ordinário⁴⁰, ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, que apenas recentemente passaram a ser reconhecidos expressamente como normas constitucionais fundamentais.

O que se quer realçar é que ambas as categorias de direitos reclamam igualmente atuação legislativa e administrativa conformadora de seus conteúdos normativos, isso porque são direitos inerentes à condição humana e o seu conteúdo mínimo deve ser assegurado imediatamente pelo Estado.

Com efeito, ao afirmar que a “saúde é direito de todos”, o art. 196 da CRFB/1988 não precisou rigorosamente todas as posições jurídicas que podem ser extraídas do direito. É possível identifica na redação do referido artigo tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em normas programáticas, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição⁴¹.

Assim, a saúde é reconhecidamente direito inerente a todos, compondo a dignidade individual e coletiva, e ainda é 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. Pode-se extrair, sem grande esforço, que o constituinte impôs aos órgãos estatais deveres de proteção (“políticas que visem à redução do risco de doença”) e deveres de promoção (“políticas que visam ao acesso universal e igualitário às ações e serviços”).

A saúde é um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. Há um sem-fim de opções quanto às formas de proteção, bem como uma enorme gama de posições individuais quanto ao limite que deve alcançar a atividade protetiva⁴². 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 de recursos não

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 145

⁴¹ PIVETTITA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde (...)**, Op. cit. p. 81 e ss.

⁴² Idem.

apenas financeiros, mas também técnicos e normativos⁴³.

No Brasil, o problema da eficácia do direito fundamental à saúde deve-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação - do que à falta de legislação específica que regulamente o conteúdo aberto do direito. Em outros termos, o problema não é somente de inexistência, mas de execução administrativa das políticas públicas pelos entes federados, fato que acarreta o ajuizamento de diversas ações perante o Poder Judiciário.

O problema central que muitas vezes inibe as prestações materiais para garantir a eficácia e efetividade do direito à saúde é a ausência de recursos financeiros – estando, em tese, sujeitas à incidência da reserva do financeiramente possível⁴⁴. Assim, haveria uma suposta limitação material que não permitiria, exclusivamente a partir do texto da Constituição, o bem jurídico que automaticamente integraria a esfera jurídico-subjetiva do cidadão.

No entanto, como será adiante analisado, o argumento de falta de recursos financeiros não pode ser alegada pelo Estado com o objetivo de eximir-se de sua obrigação em envidar esforços para garantir a maior e mais ampla concretização do direito fundamental à saúde.

O fato de exigirem gastos para sua realização não constitui elemento que veda a possibilidade de apreciação, defesa e promoção de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário⁴⁵, que poderá determinar sua aplicação diretamente da norma constitucional. Tendo em vista que os direitos sociais em geral (como o direito ao salário mínimo, à previdência e assistência social), e o direito à saúde em especial, consubstanciam verdadeiros pressupostos para que os indivíduos tenham protegida sua existência e sua dignidade, caberá ao Estado fornecer, pelo menos, os bens materiais mínimos para a manutenção de uma vida digna. Ressalta Clève⁴⁶ que “ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito [à saúde] poderia ser reclamado perante o Judiciário”.

⁴³ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direitos Constitucional Brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 874- 875.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p. 147.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 284.

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 54, jan. – mar. 2006, p. 103.

Nas palavras de Flávia Piovesan⁴⁷ alguns princípios são aptos a guiarem a efetivação dos direitos fundamentais sociais, em outras palavras, os direitos econômicos, sociais e culturais, são eles: a observância de graus mínimos de realização, a compreensão da proibição da inação e do retrocesso sociais decorrente do princípio da implementação progressiva e o ônus estatal de provar a aplicação de todos os recursos disponíveis de forma concreta e justificada.

Da explanação acima, pode-se concluir que mesmo o conteúdo do direito fundamental à saúde sendo aberto⁴⁸, há um cerne, um núcleo comum e mínimo a ser respeitado pelo legislador ordinário, pelo Estado e pelos poderes constituídos na execução das políticas públicas que estaria vinculado ao direito à vida (mínimo existencial) e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, com o fito de traçar os parâmetros hermenêuticos que fundam a aplicação dos direitos fundamentais pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário ao dirimir as controvérsias judiciais, buscar-se-á delimitar mais claramente o princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

3.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais gozam de um âmbito de proteção em permanente tensão com as restrições fáticas e jurídicas existentes, e o conteúdo essencial é justamente o núcleo intocável e irrestingível dos direitos fundamentais, constituindo limite para a atuação dos poderes do Estado e de particulares⁴⁹.

A delimitação de um *mínimo* de eficácia jurídica a tais direitos encontra amparo em outros princípios ou dispositivos, como a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, em razão da exigência de tutelar um *standard* mínimo de bens materiais⁵⁰ que garantam ao cidadão as possibilidades fáticas de exercício dos direitos de liberdade.

A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Planos Global, regional e local. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 711.

⁴⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde (...)**, Op. cit. p. 60.

⁴⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 317

⁵⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde (...)**, Op. cit..p. 72.

para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia⁵¹. Mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos. Afirma o Professor Clèmerson Merlin Clève⁵² que “o mínimo existencial implica desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”, como o estabelecimento de padrões jurídicos que autorizam “exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento”, autorizam o controle de constitucionalidade, enfim, autorizam o Judiciário “a decidir a respeito”.

Hoje, a doutrina e a jurisprudência pátrias têm se filiado à teoria dos limites dos limites⁵³, segunda a qual, o mínimo essencial dos direitos fundamentais é tanto um limite para a intervenção Estatal quanto serve de limite para outros limites representados pela restringibilidade (princípio da proporcionalidade) e pelos instrumentos normativos utilizados pelo Estado no exercício das restrições, como a reserva do possível, reserva da administração, proibição de excesso e outros.

O conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair do indivíduo e, ao mesmo tempo, ao que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material⁵⁴. As políticas públicas, inclusive judicializadas, devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo existencial, mas tendo em vista que os limites fáticos são relativos⁵⁵ e dependem de cada caso concreto.

Quando se fala no direito fundamental social à saúde e sua relação com o mínimo existencial, cumpre frisar que o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável, digna e com qualidade e que permita a pleno desenvolvimento da personalidade⁵⁶.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao Capítulo II, artigo 5º da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L. L. (coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 206.

⁵² ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais (...)**, Op. cit. p. 878.

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial (...)**, Op. cit. p. 322.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao Capítulo II, artigo 6º da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L. L. (coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 546.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial (...)**, Op. cit. p. 333.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do

O Supremo Tribunal Federal, embora em despacho monocrático exarado pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45⁵⁷, no qual além de tecer considerações sobre a reserva do possível, reconhece a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.

A definição do mínimo existencial pode ser tomada como dimensão dos direitos fundamentais a ser respeitada e concretizada para a satisfação das necessidades básicas de cada indivíduo inserido na comunidade, ou seja, é a necessidade de conservação de uma vida humana digna, o que compreende a vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência à saúde e a necessidade espiritual-cultural, como educação e sociabilidade⁵⁸.

O mínimo existencial é o conteúdo prestacional mínimo, imediatamente exigível inclusive através do Poder Judiciário, não constituindo, obviamente, barreira ao reconhecimento da existência de outras parcelas normativas igualmente reclamáveis⁵⁹. Entende-se que o próprio texto constitucional positivo definiu prioridades e, a partir das normas nele consagradas, é possível extrair conteúdos prestacionais imediatamente reclamáveis, ainda que mínimos. Os artigos 196 e 198, inciso II da CRFB/88 são vetores gerais do conteúdo do direito à saúde em sua dimensão positiva, envolvendo tanto prestações preventivas quanto promocionais, e tudo intrinsecamente relacionado com o princípio republicano da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/BB).

Nas palavras de Ana Paula Barcellos⁶⁰, não é qualquer prestação no âmbito do direito à saúde que integra o mínimo existencial, sob pena de se conceder judicialmente o direito a medicamentos extremamente custosos a um único cidadão, capaz de prejudicar o funcionamento da estrutura pública de atendimento à coletividade. Assim, afirma a autora que compõem o mínimo existencial, no que diz à saúde, apenas aquelas prestações que podem ser disponibilizadas a toda e

Advogado Editora. 2008. p. 21.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo. Brasília, 26 a 30 abr. 2004, nº345. DJU de 4 maio 2004. Disponível no site <www.stf.gov.br > Acesso em 12/09/ 2015.

⁵⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 301.

⁵⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde** (...), Op. cit. p. 74-75.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.p. 324.

qualquer pessoa, conformando-se o que se denomina “saúde básica”. Estas prestações são oponíveis e exigíveis de plano dos poderes públicos constituídos, independentemente de regulamentação infraconstitucional⁶¹.

A grande importância em se reconhecer a existência de um conteúdo mínimo e imediatamente exigível dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, é que o Judiciário pode praticar um ato específico de determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo⁶².

É indiscutível, como já apontado, que o conteúdo mínimo dos direitos sociais é mutável a depender do contexto social, cultural e histórico, mas segundo a Constituição Federal, há um núcleo central que não pode ser desrespeitado quando o assunto é direito à saúde, que é a prestação de serviço de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica⁶³.

A unicidade de cada ser decorrente de seu valor próprio, único e insubstituível, espelhado na dignidade da pessoa humana, propicia um discurso de proteção de um conjunto mínimo de direito que não pode ser negado ou derogado a ninguém. A ausência de condições materiais mínimas de subsistência para bilhões de indivíduos ao redor do mundo fornece o alicerce fático que sustenta a necessidade de rever o padrão discrepante e partido no discurso dos direitos humanos e fundamentais, sendo necessário uma visão universal e holística⁶⁴.

A dignidade da pessoa humana somente estará segura onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que a vida saudável. O que integra o mínimo existencial reclama uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e do seu núcleo familiar, quando for o caso. Tudo isso, evidentemente, não fasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo existencial e Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 809.

⁶² Idem.

⁶³ Ibidem. p. 810-811.

⁶⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 104-109.

vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial⁶⁵.

3.2 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Importante ter em conta na efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente quanto às ações ajuizadas perante o Poder Judiciário a respeito do direito à saúde, que o conteúdo do mínimo existencial deve respeitar as conquistas já sedimentadas, inclusive jurisprudencialmente. O princípio da vedação ou proibição ao retrocesso representa uma decorrência do Estado Democrático de Direito, pois as ações desempenhadas pelos Poderes Públicos na efetivação dos direitos sociais a prestações não poderão ser reduzidas ou suprimidas sem que outras, de igual ou maior alcance tome seu lugar⁶⁶.

A progressividade do reconhecimento do mínimo essencial revela uma faceta dos direitos fundamentais, marcante nos direitos sociais, que é sua tendencial inesgotabilidade, pois surgirão sempre novos níveis de demanda em relação a eles. Direitos “insaciáveis” são insuscetíveis de realização integral, isto é, o horizonte é infinito⁶⁷.

Os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos, não podem ser abandonados nem diminuídos, “sem alternativas ou compensações”, o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação. O Estado Democrático de Direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social, conforme preceitua Clémerson Merlin Clève⁶⁸. Em outras palavras, o Estado que antes estava obrigado a atuar para dar satisfação aos direitos sociais, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito fundamental social⁶⁹.

O retrocesso social pode ser de duas ordens: normativo (aplicável a normas jurídicas) ou de resultados (aplicável ao resultado de políticas públicas). É certo que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso ocorre “não apenas quando se tratar da atuação do legislador, mas também da atuação do administrador, que ao

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível (...)**, Op. cit. p.26.

⁶⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direitos Constitucional Brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 928.

⁶⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais (...)**, Op. cit. p. 880.

⁶⁸ Ibidem. p. 881

⁶⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação (...)**, Op. cit. p. 929.

delinear uma política pública, por exemplo, produz um retrocesso no gozo dos direitos sociais”⁷⁰. A principal fundação da vedação ao retrocesso é conter as modificações legislativas e administrativas, de modo a impedir que o Poder Público subtraia mecanismos jurídicos existentes e essenciais à fruição dos direitos fundamentais⁷¹.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet⁷², a vedação ao retrocesso social decorre do próprio sistema constitucional, com base nos seguintes fundamentos: (i) o princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica abarcando em seu conteúdo a proteção da confiança; (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual determina a realização de uma existência digna para todos; (iii) o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, inscrito no art. 5º, §1º, CRFB/88; (iv) as vedações a retroatividade prevista na Constituição, como o ato jurídico perfeito e o direito adquirido; (v) a autovinculação dos órgãos estatais aos atos praticados na realização dos direitos fundamentais e (vi) a força normativa vinculante da Constituição, que proíbe legisladores e administradores de agirem em desconformidade com suas prescrições.

A salvaguarda do direito à saúde se concretiza através de uma ampla proteção a outros bens também fundamentais, almejando uma qualidade mínima de vida, a depender, na maioria das vezes, de políticas públicas amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao plano desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e de futuras gerações. Assim, a ordem constitucional que protege os direitos à vida, à integridade física e corporal e ao meio ambiente sadio e equilibrado evidentemente também protegerá a saúde, sob pena de esvaziamento daqueles direitos, isso porque são direitos interligados e dependentes.

A vedação ao retrocesso social, proibindo a modificação supressiva ou diminutiva da fruição do núcleo essencial de um direito social garantido petrifica esse mínimo existencial já efetivado colocando claros limites à atuação dos Poderes Públicos⁷³.

É latente que numa sociedade desigual como a brasileira, os cidadãos,

⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 29.

⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretações e Aplicação da Constituição*, 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 379.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 427- 428.

⁷³ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 129.

diante da inexistência ou ineficácia das políticas públicas em garantir o mínimo existencial dos direitos fundamentais sociais, buscam o Poder Judiciário para ver seus direitos respeitados e concretizados. E a partir das ações judiciais ajuizadas, cujo objeto é o direito à saúde, debruçar-se-á no próximo capítulo sobre as dificuldades que o magistrado encontra perante um direito social com conteúdo aberto, aplicando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social, e, ainda, as barreiras fáticas existentes como a escassez de recursos financeiros.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Como se sabe, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Cada direito pode ensejar obrigações negativas ou de omissões e positivas ou de ação⁷⁴ em maior ou menor grau, seja no caso de direitos sociais, seja no caso de direitos civis e políticos. Mas quando falamos, em especial, de direito à saúde, de um mínimo existencial necessário à vida digna dos cidadãos, está-se a falar de ações, cujo principal agente é o Estado, e que envolvem decisões políticas acerca da alocação de recursos públicos⁷⁵.

O titular do direito à vida e à saúde, conforme previsto no artigo 196 da Constituição, é todo ser humano e as ações e os serviços públicos de saúde devem ser prestados por todos os entes federativos, havendo ainda um sistema único (embora regionalizado e hierarquizado) que visa o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, de maneira que devem alcançar tanto os tratamentos básicos e vitais, como também aqueles que envolvem os meios científicos mais eficazes e evoluídos para a defesa da saúde⁷⁶.

Em regra, a organização estatal que vige atualmente no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, traça os delineamentos das searas em que cada Poder constituído pode e deve atuar, ressaltando que tais balizas não são

⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Holmes. **The Cost of Rights (...)**, Op. cit. p. 94 Apud .SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível (...), Op. cit. p. 32.

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In. SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. p. 116.

⁷⁶ FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 864.

absolutas nem intransponíveis como se verá mais adiante. Nesse contexto, compete precipuamente à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. E para alcançar tal objetivo, é preciso implementar políticas públicas, ou seja, coordenar os meios que estão à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

As políticas públicas, assim como a máquina estatal como um todo, envolvem gastos e não existindo recursos ilimitados, é necessário que se priorize e escolha em que o dinheiro público disponível será investido. Nesse estudo, aventa-se a opinião de que as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem integralmente uma reserva de deliberação política, mas, ao contrário, recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais⁷⁷, devendo, portanto, objetivar a concretização dos fins consagrados pela Constituição.

Nesse viés, mostra-se esclarecedora a observação geral nº 3⁷⁸ emitida pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão das Nações Unidas criado em 1985, com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), este ratificado pelo Brasil em 1992⁷⁹. A supracitada observação nº 3 busca aprimorar a interpretação e dar orientações aos Estados Parte quanto ao parágrafo 1º do artigo 2º do PIDESC que impõe aos Estados-membros a adoção de medidas para o pleno exercício dos direitos previstos no Pacto.

Dentre as orientações do Comitê (CDESC) merece destaque a ênfase dada à vinculação dos Estados signatários na adoção de medidas concretas para progressivamente atingir os objetivos do Pacto, buscando proteger, resguardar e promover os direitos econômicos, sociais e culturais inerentes à dignidade de todo ser humano. E dentre as medidas cabíveis apontadas pelo Comitê está a atuação do legislativo em assegurar o respeito e a proteção de tais direitos, bem como o

⁷⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 100.

⁷⁸ Cf. **Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)**, (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990). Disponível em <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm>> Acesso em 07/11/2015.

⁷⁹ Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 07/11/2015.

repasse de recursos ao Judiciário para efetivar os direitos que, em cada ordenamento jurídico, é considerado como “judicializável”, isto é, que podem ser pleiteados diretamente ao Poder Judiciário.

E o mais relevante, para o presente trabalho, diz respeito justamente à aplicação de recursos pelos Estados Parte em programas e políticas públicas quanto aos direitos que são auto executáveis, como o direito à saúde. E nestes casos, o Estado se obriga a escolher meios eficazes para, gradativamente, e de acordo com suas circunstâncias econômicas, garantir os direitos reconhecidos, objetivando sempre a máxima efetividade com o maior aproveitamento de recursos que disponha. Defende-se que cada Estado Parte tem uma obrigação mínima de assegurar a satisfação de pelo menos níveis essenciais de cada um dos direitos reconhecidos no Pacto e incorporados em seus ordenamentos. E mesmo que o Estado argumente insuficiência de recursos financeiros, continua obrigado a garantir o desfrute da mais ampla possibilidade de direitos aos seus cidadãos⁸⁰. De nenhuma maneira pode eliminar medidas de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, devendo elaborar estratégias e programas para a promoção de tais direitos.

Ao Estado não é dada a faculdade de deixar de promover um direito fundamental como a saúde, sob a argumentação de ausência de recursos financeiros, isso porque se deve priorizar a alocação de recursos em programas básicos que atendam o maior número de cidadãos possível, resguardando o mínimo essencial para uma vida digna. As escolhas políticas não podem ser circunstâncias, mas, sim, vislumbrar um avanço progressivo e perene para a sociedade.

⁸⁰ “El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. (...)De manera análoga, el Comité subraya el hecho de que, aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. En apoyo de este enfoque, el Comité toma nota del análisis preparado por el UNICEF con el título de Ajuste con rostro humano: protección de los grupos vulnerables y promoción del crecimiento (1), el análisis del PNUD en Desarrollo humano: informe 1990 (2), y el análisis del Banco Mundial en el Informe sobre el Desarrollo Mundial, 1990.” Disponível em **Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)**, (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990). Disponível em <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm>> Acesso em 07/11/2015.

Tomando como norte as orientações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que vinculam o Brasil como Estado signatário, e ainda as disposições da Constituição Federal, observa-se que as escolhas referentes às políticas públicas pelos Poderes Públicos são vinculadas aos objetivos defendidos em tais documentos que possuem força normativa superior. E é em virtude desta vinculação e indisponibilidade do interesse público e dos direitos fundamentais, bem como da aplicabilidade imediata contemplada no artigo 5º, §1º da Constituição, que se defende a possibilidade de controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas, caso contrário acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados aos direitos sociais amparados na Constituição.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos⁸¹, pode-se vislumbrar 5 (cinco) objetos distintos - sem prejuízos de outros -, que podem ser apreciados pelo Poder Judiciário mesmo se tratando de escolhas políticas e alocação de recursos. E, pelas limitações deste trabalho acadêmico, tais objetivos serão elencados de maneira sintetizada, quais sejam (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (ii) controle do resultado final esperado pelas políticas públicas em relação aos direitos fundamentais; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais e do mínimo existencial; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público e (v) a eficiência mínima da aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

Não se está defendendo aqui a determinação, pelo Judiciário, de prestações irracionais e individuais a todo custo quando se tratar do direito à saúde, mas sim que cabe ao julgador canalizar as demandas individuais, em uma espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos por meio das políticas públicas de forma a estar apto a questionar tais alocações sempre que necessário for⁸². É como controlador da execução de políticas públicas que o Judiciário conseguirá pensar os direitos sociais de forma global e com conscientização de que os recursos são efetivamente escassos.

Diante do papel primordial do Poder Judiciário na defesa do direito à saúde e

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização (...)**, Op. cit. p. 128-129.

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 598.

dos desafios que surgem no transcorrer da atividade jurisdicional frente a um tema tão delicado, o próximo capítulo é dedicado a uma análise mais detida e pormenorizada deste agente central na concretização de um Estado Democrático de Direito mais justo, igualitário e fraterno.

4. DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO: JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O estudo até aqui encartado, demonstrou em suma, que as prestações que fazem parte do mínimo existencial sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, princípio e compromisso fundamental da Constituição, são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos. Importante ressaltar que além das prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom que o faça, reduzindo, assim, o fosso abissal⁸³ existente entre a teoria dos direitos fundamentais e sua efetiva concretização.

No entanto, pelas óbvias restrições deste trabalho acadêmico, restringir-se-á à análise da atividade jurisdicional no que tange à defesa do mínimo existencial atrelado ao direito fundamental à saúde, pois se entende que cabe ao Judiciário praticar ato determinando concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e existindo ou não uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido⁸⁴.

A verdade quanto às ações que chegam à mesa do magistrado é que poucas são para a realização da saúde básica e ao determinar o fornecimento de outras prestações de saúde além do mínimo existencial, sem fundamenta-se em uma decisão política pública, o Judiciário também não está contribuindo para generalização da saúde básica⁸⁵. Tais decisões judiciais acabam por se transformar, mesmo que involuntariamente, em veículos de uma distribuição de renda pouco equitativa no âmbito da sociedade brasileira, pois na grande maioria, as necessidades atendidas são custeadas em favor daquele que teve condições de ir ao Judiciário e obtiveram um desfecho favorável. Quem tem obtido efetivo acesso à justiça, com providências jurisdicionais favoráveis, é predominantemente a classe média, que pode arcar com os custos das ações e pagar advogados qualificados para defender seus direitos, recaindo, pois, na chamada “privatização da saúde”⁸⁶. Os mais pobres e menos favorecidos, que em sua esmagadora maioria se servem

⁸³ FACHIN, Melina. **Direitos Humanos e Fundamentais**: um olhar por meio da literatura. s.l., s.d. p. 89.

⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 304.

⁸⁵ Ibidem. p. 307.

⁸⁶ SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETTO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 534.

do serviço básico de saúde, continuam sendo alijados do acesso à justiça, em virtude do considerável dispêndio financeiro para ajuizar uma ação. No entanto, tal argumento não é capaz de deslegitimar a atuação do Poder Judiciário, mas, sim, abrir os olhos para a necessidade de incentivar e ampliar o acesso à justiça às pessoas mais pobres, melhorar as Defensorias Públicas e o Ministério Público, fomentar a advocacia que representa a sociedade civil organizada⁸⁷. Ademais, deve-se priorizar também as demandas coletivas que levam a decisões aplicáveis a todos que se encontrem nas mesmas condições.

O Poder Judiciário tem se mostrado mais generoso em ações individuais do que nas coletivas, fato que acarreta distorção em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados, é por essa razão que no desenvolver deste trabalho, dar-se-á prioridade às ações coletivas e às ações individuais quando estas foram hipóteses de dano grave e/ou irreversível à saúde⁸⁸.

Nessa toada é que se defende a atuação do Poder Judiciário na concretização do mínimo existencial, garantindo a entrega imediata de bens e serviços, principalmente àqueles menos favorecidos ou hipossuficientes, por meio de uma decisão política fundamental e constitucional com o fim de assegurar a dignidade de todos os homens. Evidentemente que o conteúdo do mínimo existencial para além do já trabalhado nas linhas anteriores, deverá ser constatado caso a caso pelo magistrado, relacionado com as prestações de saúde disponíveis a serem prestadas diretamente pelo Poder Público ou por ele custeadas. É claro que a definição de tais prestações envolve uma escolha trágica⁸⁹, sempre haverá uma decisão, explícita ou implícita, uma escolha que priorizará determinadas situações de necessidade em detrimento de outras⁹⁰.

Quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, imprescindível é que se visualize a demanda social e universal existente, não somente a contingencial submetida à aferição administrativa ou jurisdicional, isso porque, atendendo-se somente aquele que recorrem de pronto ao Poder

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas Considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. In: Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 3. Ago/2011. p. 775

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A Proteção dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 583.

⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 309.

⁹⁰ Ibidem. p. 311.

Público, pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de informações ou de recursos para fazê-lo. É na esfera da judicialização que se espera haver maiores e melhores critérios de razoabilidade e criticidade para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo a prestação do direito à saúde⁹¹.

É por força do critério de limitação de recursos financeiros, que se tem defendido a possibilidade de justiciabilidade do mínimo existencial por integrar o núcleo da dignidade da pessoa.

4.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O magistrado não deve temer o argumento da escassez de recursos para deferir o pedido judicial, isso porque o fornecimento de tratamentos e medicamentos, por exemplo, não pode ser negado sob a pálida argumentação de custos econômicos ou de ausência de previsão orçamentária pura e simplesmente⁹².

Cabe fazer uma breve conceituação do que consiste o princípio ou cláusula da reserva do possível e a sua origem, para então adentrarmos na recepção “relativizada” deste conceito pela jurisprudência pátria.

Pois bem, na segunda metade do século XX, com origem na argumentação utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em julgamento do caso *numerus clausus* (precedente BVerGE 33.303, DE 1973), a reserva do possível passou a ter a atenção da doutrina e da jurisprudência para além das fronteiras alemãs.

Em suas considerações, a Corte Constitucional Alemã defendeu não ser razoável exigir do Estado Alemão - especialmente no período pós-guerra, em que seus recursos eram manifestamente escassos - uma vaga para cada estudante no curso superior de medicina⁹³. A questão central é a razoabilidade da pretensão à prestação social por parte do Estado, na medida em que este havia demonstrado ter realizado tudo o que estava ao seu alcance, promovendo políticas públicas para a

⁹¹ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidade. In *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 6. Organizadores Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1533.

⁹² FRANCISCO, José Caros. **Dignidade Humana (...)**, Op. cit. p. 869.

⁹³ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação dos direitos fundamentais (...)**, Op. cit. p. 919.

satisfação do direito, não se poderia dele exigir mais, a fim de atender pretensões individuais de cada cidadão, em detrimento de toda coletividade⁹⁴.

A “reserva do possível” passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público⁹⁵.

No Brasil, a reserva do possível foi recepcionada pela doutrina e jurisprudência com uma conotação mais restrita. No tocante aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, significaria dizer que o Estado não pode fornecer determinado medicamento essencial à preservação da saúde de um cidadão, pois os recursos foram alocados para outra finalidade. Não se trata de uma insuficiência de recursos pura e simples, mas de uma escolha política de alocação de recursos⁹⁶.

O Superior Tribunal Federal no julgamento da ADPF 45/DF⁹⁷, cujo objeto da ação era a declaração de inconstitucionalidade de veto sobre dispositivo legal que tratava da destinação de verbas à saúde, reconheceu que a reserva do possível é uma restrição aos direitos fundamentais, isso porque como toda restrição, deve-se adequar aos ditames da proporcionalidade, na medida em que os direitos a prestações estão sujeitos àquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.

Ademais, ressaltou a Suprema Corte que a reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Este também é o posicionamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão das Nações Unidas, em sua observação nº 3º sobre o artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), como analisado linhas acima.

Conforme adverte o Professor Clèmerson M. Clève, a reserva do possível

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia (...)**, Op. cit. p. 301.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 29.

⁹⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação dos direitos fundamentais (...)**, Op. cit. p. 921.

⁹⁷ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em 15/10/2015.

não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial⁹⁸.

Nas palavras esclarecedoras de Andreas Krell, não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, como é o caso da reserva do possível, sem levar em conta os condicionamentos socioculturais e econômico-políticos a que estão sujeitas, pois há reflexos e consequenciais distintas quando utilizado em sociedades desenvolvidas como a alemã e em uma sociedade desigual como a brasileira⁹⁹.

Nessa medida, a correta consideração do argumento da reserva do possível em relação com a universalização da prestação exigida, bem como os aspectos técnicos de políticas públicas, que recomendam cautela e reverência em relação às decisões dos demais poderes, constituem parâmetros para a solução judicial adequada de demandas, e não um óbice à realização dos direitos sociais.

Por mais que a alocação e destinação dos recursos financeiros para a realização de políticas públicas seja competência atribuída ao legislador e ao administrador, os direitos fundamentais não podem ser reduzidos ao arbítrio estatal, não podem morrer como meras promessas constitucionais. E por essa razão, o Poder Judiciário tem a legitimidade de defender os objetivos fundamentais a serem alcançados pela Constituição da República¹⁰⁰.

Infelizmente, o grande problema muitas vezes não é a falta de recursos financeiros, mas sim a postura dos entes políticos nos três níveis federativos que ao não serem obrigados a aplicar os recursos financeiros previstos na lei orçamentária para determinadas tarefas e serviços, entendem que a aprovação do Legislativo à sua proposta orçamentária é meramente uma *autorização* para “gastar” dinheiro nas respectivas áreas. Tal fato leva à ausência de políticas públicas adequadas e eficazes a atender às necessidades da população¹⁰¹.

Cabe parafrasear a ideia de Holmes e Sustain quando afirmam que levar os direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e da efetividade) é sempre

⁹⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática (...)**, Op. cit. p. 29.

⁹⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p. 42.

¹⁰⁰ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. 287 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 20

¹⁰¹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p. 100.

levar a sério o problema da escassez.¹⁰² Assim, levar a sério a reserva do possível significa além da moralidade e da eficiência na alocação, o ônus do poder público comprovar a falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações. Diante do quadro fático de o Brasil ser o país mais desigual da América Latina, o Judiciário não pode quedar passivo diante dessa realidade. A participação da jurisdição na realização dos direitos é um importante mecanismo de democratização e fruição da verdadeira cidadania¹⁰³. Cabe ao Judiciário levar os direitos a sério e promover a unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Coaduna-se aqui com o entendimento de que prezando pela ordem democrática, as decisões sobre quais direitos efetivar devem ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informações da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos quanto dos juízes¹⁰⁴.

Admitir a reserva do possível em um país pobre como o Brasil poria em sério risco a efetividade dos direitos fundamentais, além de levar à relativização de direitos invioláveis. Deve-se buscar atender a todos, nem que para isso seja necessário retirar ou realocar os recursos utilizados em áreas que não estão intimamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem (transporte, fomento econômico, serviços de dívida)¹⁰⁵.

Inegável que a decisão acerca da garantia do mínimo existencial muitas vezes demandará um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo. Deve-se ter a consciência de abrir o ambiente do processo para o mais amplo debate, seja com perícias médicas, atestados, exame da condição financeira da parte autora. Cabe ao juiz como destinatários das provas e representante do Estado-juiz, comandar o andamento e a instrução de forma ativa, requerendo provas robustas, técnicas para embasar a sua decisão¹⁰⁶. Em outras palavras, a jurisdição brasileira deve adotar critérios racionais, entendendo a saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, objetivando o acesso universal e

¹⁰² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Holmes. **The Cost of Rights (...)**, Op. cit. p. 94. Apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível (...), Op. cit. p. 32.

¹⁰³ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 119.

¹⁰⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Holmes. **The Cost of Rights (...)**, Op. cit. p. 277. Apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível (...), Op. cit. p. 32.

¹⁰⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p. 51.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 46.

igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público¹⁰⁷.

A realidade do binômio escassez/necessidades humanas exige uma atuação positiva do Estado no sentido de oferecer soluções concretas, mas que não poderão ser realizadas *de uma só vez*, atendendo simultaneamente a todos. É o que Clèmerson Clève chama de “metáfora do cobertor curto”¹⁰⁸. Dependendo de recursos públicos para sua satisfação faz com que os direitos sociais sejam concretizados num horizonte de progressividade.

Fato é que, quando uma necessidade fundamental deixa de ser atendida, tem-se um direito fundamental frustrado. A necessidade fundamental de que se cuida, aqui, é aquela proposta pela teoria do mínimo essencial, e que seria imprescindível ao desenvolvimento da autonomia humana¹⁰⁹. Sem o atendimento dessas necessidades, não há autonomia pública e privada, não há cidadania, não há vida digna, não há dignidade humana. A regra é prestar observância aos princípios democráticos e da igualdade, porém, em circunstâncias extremas, e presentes determinadas condições, admite-se o tratamento desigual, em razão da desigualdade fática.

Assim, a reserva do possível seria apenas um indicativo para a necessidade de sopesamento dos interesses em jogo, sem, contudo, conduzir ao esvaziamento do direito fundamental. Mais uma vez cabe utilizar as palavras de Andreas Krell¹¹⁰ quando afirma que condicionar a realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, uma vez que a subordinação aos condicionantes econômicos relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”.

São inúmeras as ações que chegam diariamente ao Judiciário, pleiteando a concessão de tutela satisfativa do mínimo existencial. Trata-se de ações em que o pedido é atendido, em face da Administração Pública, com fundamento no dever estatal constitucionalmente assegurado de proteção à dignidade humana. Daí o

¹⁰⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008. p. 277

¹⁰⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 36.

¹⁰⁹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 94.

¹¹⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p.57.

pronto afastamento do argumento da reserva do possível: razões de ordem financeira não podem sobrepor-se à necessidade de proteção do bem maior da dignidade humana, que é a vida. E a dignidade humana será entendida não apenas como circunscrita às necessidades atinentes à saúde, mas, também, abrangente de ‘satisfatores’ capazes de permitir ao indivíduo o alcance da autonomia pública e privada¹¹¹.

No que toca ao direito à saúde, as questões assumem relevo por envolverem demandas por medicamentos e/ou tratamentos que custam dinheiro para o poder público. Custam dinheiro, seja quando é determinado o fornecimento do medicamento em questão, seja quando se determina a realização de política pública pelo ente federado. Como visto, a lei orçamentária do ente federativo é que fixará o montante destinado aos investimentos em saúde, e, no que concerne ao SUS, é o próprio sistema, atendendo às normativas do Ministério da Saúde, que disponibiliza os fármacos e procedimentos integrantes de uma lista previamente elaborada¹¹².

Em regra, o entendimento adotado segue a orientação de que, em situações excepcionais, emergenciais, nas quais os riscos à vida do paciente sejam iminentes, a proteção à vida humana prevalece em face do argumento da limitação de recursos. Para chegar a tal conclusão, a decisão judicial fundamenta-se em: i) racionalizar e contrapor os argumentos da proteção da vida humana com a escassez de recursos para o atendimento universal dos cidadãos, prevalecendo aquele em relação a este, principalmente em casos de risco evidente de vida; ii) a saúde é um direito público subjetivo, assegurado constitucionalmente; iii) o art. 196 da Constituição Federal estabelece ser a saúde responsabilidade de todos os entes da federação, e dever cujo cumprimento não se pode transmutar em “promessa constitucional inconsequente”; iv) o Estado não conseguiu comprovar a lesão às finanças públicas, em desfavor da tutela pretendida; v) a parte autora logrou comprovar a necessidade e emergência da tutela pretendida, bem como sua hipossuficiência, o que lhe assegura a sua satisfação imediata¹¹³.

Como já explanado o entendimento que vem sendo adotado pelo STF é no sentido de que, em casos que envolvam a proteção urgente e imediata da vida

¹¹¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível (...)**, Op. cit. p.116.

¹¹² Ibidem. p.117.

¹¹³ Idem.

humana, o dever de agir estatal é impostergável, de modo que fica afastada a teoria da reserva do possível.

O que mais importa, ao fim e ao cabo, é que não se confunda a necessidade de se levar a sério todas as dimensões e conexões da reserva do possível com a inaceitável obstaculização da plena eficácia e efetividade do mínimo existencial, inclusive no que diz com a sua exigibilidade¹¹⁴, mas também como direito subjetivo originário e dependente de prestações, o que se revela ainda mais premente em matéria tão sensível como a da saúde e da vida humana.

O direito à saúde como direito subjetivo definitivo que integra a dignidade humana do cidadão não pode ter o seu mínimo existencial reduzido ou desrespeitado sob a argumentação da reserva do possível, pois nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas, e este é o entendimento já exarado pela Suprema Corte¹¹⁵.

4.2 DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

A abertura normativa da Constituição, o dever de vinculação, e a impaciência da sociedade frente à inoperância dos poderes constituídos fazem com que seja depositada alta dose de confiança no Judiciário¹¹⁶. Obviamente, que em um Estado Democrático de Direitos com vias democráticas de diálogo entre os cidadãos e os poderes constituídos, a adjudicação judicial não é, e nem pode ser, o único modo de realizar plenamente os direitos econômicos, sociais e culturais¹¹⁷. Depender somente das cortes poderá prejudicar os canais democráticos utilizados para buscar mudanças efetivas e globais, tanto por distrair as energias e recursos da política, quanto porque a decisão judicial poderia barrar um desfecho político.

Mas, nas situações, não raras, de descumprimento dos direitos em geral e dos direitos social à saúde, em específico, o acesso à jurisdição é uma alternativa disponível¹¹⁸, quando não o último repositório das esperanças. O Judiciário passa,

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 49.

¹¹⁵ Ibidem. p. 43.

¹¹⁶ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 132.

¹¹⁷ SUSTEIN, Cass R. A constituição Parcial. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 186. Apud. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais (...)**, Op. cit. p. 888.

¹¹⁸ Artigo 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

então, a participar ativamente no diálogo construtivo com os demais atores políticos.

O operador jurídico precisa ter a consciência de seu papel no Estado Democrático e Social de Direito, acostumar-se a questionar o conteúdo material de normas legais e atos administrativos. É imperativo abrir mão do positivismo jurídico formalista que exige neutralidade política do julgador, e buscar uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material ancorado na Constituição, assumindo o papel de arquiteto social¹¹⁹.

A interferência do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais pode apresentar uma repercussão social considerável e impactar o relacionamento entre os Poderes. Configura-se então o ativismo judicial, cuja intenção e extensão podem ser adequadas ou desmedidas, cuja avaliação pode ser favorável ou negativa, cujas consequências podem ser conservadoras ou progressistas¹²⁰. O fato é que, na dinâmica democrática, algum papel cabe ao Judiciário, papel que, na tradição brasileira, ainda não foi de hipertrofia, mas antes de timidez.

A democracia, nessa visão, não dialoga exclusivamente com o princípio majoritário e ganha outros contornos. É necessária a doção de medidas - o que se faz por meio de qualquer dos Poderes instituídos para a defesa da ordem dos direitos fundamentais, sobretudo das minorias - que minimizem o arbítrio do Estado e das maiorias ocasionais que estejam nos postos decisórios das instituições políticas¹²¹.

Prima facie, cabe refutar o argumento de que o “ativismo” judicial desrespeita a teoria da separação dos poderes, e isso se dá pelo fato de que tal teoria é uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela do Século XVIII usada como paradigma¹²². O Princípio da Separação dos Poderes cria uma grande força simbólica com efeito paralisante às reivindicações de cunho social¹²³. Em vista disso, a crítica baseada na separação dos poderes não parece ser digna de maiores análises ou explanações apuradas neste trabalho.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 25/10/2015..

¹¹⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p. 72.

¹²⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais (...)**, Op. cit. p. 889

¹²¹ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento (...)**, Op. cit. p. 117.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário (...)**, Op. cit. p.589.

¹²³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais (...)**, Op. cit. p. 90.

Conforme aponta o Professor Clèmerson M. Clève¹²⁴, cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive as ações coletivas, especialmente a ação civil pública, já que voltada à implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos.

A tese central do argumento democrático é o fato de uma minoria qualificada - os juízes - *criar* e impor normas a toda uma coletividade, sem que esta mesma coletividade os tenha – democraticamente – escolhido para fazê-lo. E, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, o núcleo central da teoria democrática é que as normas somente serão legítimas quando os seus destinatários participarem de sua produção. Em outras palavras, é necessário “identidade entre governantes e governados”¹²⁵.

Com base no já discorrido neste estudo, em que se defende a atividade judicial em prol do mínimo existencial e de uma vida digna, tendo as decisões uma fundamentação racional e democrática, importante frisar os ensinamentos de Habermas acerca do procedimento deliberativo e democrático. Habermas afirma que uma decisão somente será legítima se tiver origem no consenso de seus destinatários. Esse consenso racional seria alcançado através de uma relação dialógica, do discurso, desde que presentes as *condições ideais de fala*, num contexto em que a opinião pública alcança o sistema político, através do controle público dos meios de comunicação formadores de opinião (como as televisões públicas - não estatais -, por exemplo). Por essas razões é que Habermas tanto valoriza o *procedimento* democrático.

E valorizar o procedimento significa defender que o julgador se limite a garantir apenas o *procedimento*, ou seja, o procedimento democrático de produção do direito, o contraditório, iguais oportunidades de participação nos processos de formação de opinião e de vontade públicas. Habermas entende, ainda, que a Constituição não é uma *ordem-macro* que regula a relação do Estado com os cidadãos, mas, diante da pluralidade social e cultural que se impõe, a Constituição *fixa procedimentos políticos* que permitem aos cidadãos perseguirem cooperativamente e com chances de sucesso o projeto de estabelecer formas justas de vida. Por isso, para Habermas, somente as condições procedimentais (tais como

¹²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática (...)**, Op. cit. p. 25.

¹²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40

a *equal protection* e o *due process*) da gênese democrática das leis asseguram o direito positivo, e não a atividade criadora dos tribunais¹²⁶.

Nessa esteira, o argumento da separação dos poderes de forma absoluta cai por terra, pois o Judiciário ocupa um lugar de destaque na concretização do diálogo democrático, atuando pela guarda da Constituição, não podendo, portanto, ser repellido dessa função. Isso porque zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)¹²⁷.

Desse modo, assume importância o papel da jurisdição constitucional enquanto protetora dos direitos fundamentais, através do controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos. Contudo, igualmente importante é a argumentação, a racionalidade dessas decisões. Isto é, a fundamentação oferecida pelos juízes deverá demonstrar que o teor de suas decisões não resulta de “capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’¹²⁸. É preciso superar o decisionismo judicial, por um lado; mas, por outro, é preciso “produzir uma espécie de operador jurídico responsável pela sua obra hermenêutica”¹²⁹.

A complexidade das demandas exigirá das instituições jurídicas envolvidas (Judiciário, Ministério Público, advocacia, Defensoria Pública) uma informação ampla (dados orçamentários, políticas públicas em andamento ou previstas, etc.) e uma avaliação rigorosa inclusive quanto às consequências, mas isso tudo não é motivo para afastar a possibilidade de apreciação judicial, nem é argumento para distinguir os direitos prestacionais dos direitos fundamentais em geral¹³⁰.

É necessário que, a fim de legitimar a soberania de sua decisão sobre a decisão política, seja no controle concreto ou no controle abstrato de constitucionalidade, busque-se uma leitura da Constituição pela qual se possa

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 336-337. Apud PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 154.

¹²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia (...)**, Op. cit. p. 36.

¹²⁸ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 160.

¹²⁹ LEHFELD, Lucas de Souza; COSTA, Kerton Nascimento e. **A intervenção do Poder Judiciário na Administração dos recursos destinados à garantia do direito coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?** In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 85/2013. Out. 2013. p. 31.

¹³⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais (...)**, Op. cit. p. 890.

identificar legitimidade na atividade jurisdicional, pois Constituição e democracia não são incompatíveis, mas permeáveis entre si. A colisão entre direitos fundamentais e o princípio democrático é um problema “inevitável e permanente”¹³¹.

Através da racionalidade das decisões judiciais é possível garantir maior segurança jurídica, transparência e legitimidade ao processo judicial, pois é pela fundamentação racional que os julgadores justificam as suas razões de decidir, distanciando-se de suas preferências e orientações pessoais¹³². Nessa toada, a racionalidade e o amplo debate surgem como parâmetros de idoneidade constitucional de toda e qualquer restrição a direito fundamental, ou em outras palavras, serve para desestimular uma proteção insuficiente ou deficiente. As ações desempenhadas pelo Estado precisam satisfazer pretensões de direitos sociais de maneira suficiente e eficaz¹³³. Busca-se com isso evitar o retrocesso das conquistas sociais e proporcionar o mínimo existencial.

Como consequência da posição institucional e dos meios de que dispõem, os juízes têm boas probabilidades de favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo. Ao mesmo tempo, têm amplas possibilidades de atuar de maneira respeitosa em relação à autoridade popular, já que possuem suficientes técnicas e meios procedimentais ao seu alcance para agir em conformidade com isso¹³⁴.

Ao contrário dos que creem que o ativismo judicial na área dos direitos sociais significa necessariamente deixar de lado o critério democrático acerca de como estabelecer prioridades entre os objetivos constitucionais, os julgadores, pelo fato de tomarem certas medidas específicas para a aplicação dos direitos sociais, podem ajudar a promover a deliberação democrática, em vez de debilita-la, ao dirigir a atenção pública a interesses que de outra maneira seriam ignorados na vida política diária¹³⁵.

Inegável que a atuação jurisdicional na concretização dos direitos sociais é passível de críticas¹³⁶, seja no viés democrático, pois os juízes não são eleitos, seja

¹³¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível (...)**, Op. cit. p. 145.

¹³² OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Efetivação (...)**, Op. cit. p. 924.

¹³³ Ibidem. p. 928.

¹³⁴ GARGARELLA, Roberto. **Democracia (...)**, Op. cit. p. 219.

¹³⁵ SUSTEIN, Cass. **Interest Groups in American Public Law**. Stanford Law Review 28, p. 228 apud. GARGARELLA, Roberto. **Democracia Deliberativa (...)**, Op. cit. p. 220.

¹³⁶ Anote-se aqui as críticas e apontamentos tecidos por Lênio Streck a respeito das falhas no neoconstitucionalismo, afirmando que a ponderação e a discricionariedade judicial são elementos não democráticos. “(...) não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença.

porque ao judiciário não seja legítimo interferir das escolhas políticas, e na alocação de recursos públicos ou ainda porque os juízes não detêm conhecimento técnico para analisar as vicissitudes que permeiam as ações sobre fornecimento de medicamentos ou outras questões ligas à saúde.

Mas tais críticas, já fundamentadamente refutadas, não são suficientes para afastar a concretização judiciária dos direitos à saúde, mas podem ajudar a atuação jurisdicional a encontrar uma racionalidade em suas decisões.

Os parâmetros para uma atuação democrática do Poder Judiciário, como já repisado neste trabalho, devem ser¹³⁷: (i) a realização das condições mínimas e necessárias para uma vida digna, independente de haver políticas públicas; (ii) a prioridade em garantir o direito à saúde ou aos meios para uma vida saudável e digna para aqueles não possuem recursos financeiros para tanto; (iii) a pretensão deve ser razoável e passível de universalização; (iv) análise acurada das opções técnicas ofertadas pelo administrador; (v) optar pela solução com melhor custo benefícios, que atende às necessidades do autor e que gere menos custos ao Estado; (vi) preferências às ações coletivas como meio de atender maior número de pessoas, e aqui se destaca o papel do Ministério Público¹³⁸.

A questão em face de todas as limitações fáticas e jurídicas que possam ser arguidas ou suscitadas está na escolha de balizas corretas, capazes de propiciar a eficiência dos gastos públicos sem resvalar no utilitarismo puro e simples¹³⁹. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental - ou infraconstitucional - estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa¹⁴⁰.

Isso quer dizer que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade (que, no mais das vezes, descamba na arbitrariedade interpretativa) a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto o paradigma do Estado Democrático de Direitos", p. 26. Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

¹³⁷ SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade (...)**, Op. cit. p. 534-546.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. **A Proteção (...)**, Op. cit. p. 583.

¹³⁹ HENRIQUE, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 858.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade (...)**, Op. cit. p. 875 e ss.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.

Com fito de trazer para a realidade mais próxima, analisar-se-á a seguir o posicionamento das Câmaras do Tribunal de Justiça do Paraná nas ações sobre fornecimento de medicamento e tratamento, traçando um comparativo com tudo o que já foi exposto nas linhas acima. Para tanto, foi realizada pesquisa jurisprudencial do sítio do Tribunal de Justiça do Paraná¹⁴¹, com as palavras-chave: medicamentos; tratamento e reserva do possível. A seleção dos julgados baseou-se nas decisões publicadas recentemente, com o objetivo de estudar o mais atual posicionamento do Tribunal.

Assim, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal do Estado do Paraná, em seu artigo 90, inciso II, é competência da 4ª e 5ª Câmaras Cíveis julgar ações que versem sobre fornecimento de medicamento e tratamento médico (assuntos que melhor refletem o objeto desse estudo e que se aglutinam diariamente no Judiciário). Importante salientar que pelas limitações do presente estudo, serão colacionadas algumas ementas de julgamos recentes de ambas as Câmaras com o objetivo de compreender qual o posicionamento e o perfil jurisprudencial do Tribunal do Estado do Paraná, averiguando, na prática, como são aplicados os conceitos explanados nos capítulos anteriores.

Vejamos, pois a ementa do seguinte julgamento colegiado proferido pela 5ª Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PACIENTES PORTADORES DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA (DPOC). PLEITO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO SPIRIVA RESPIMAT .PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADAS. FÁRMACO NÃO CONSTANTE DO PROTOCOLO CLÍNICO DE DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. FATO QUE NÃO JUSTIFICA A RECUSA AO FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO POSTULADO. FÁRMACO QUE NÃO POSSUI EFICÁCIA COMPROVADA E MÉDICO NÃO VINCULADO AO SUS. IRRELEVÂNCIA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE

¹⁴¹Disponível <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>.

PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. DIREITO DOS INTERESSADOS DEVIDAMENTE COMPROVADO. RECOMENDAÇÃO EXPEDIDA PELO COMITÊ EXECUTIVO PARANAENSE DO FÓRUM NACIONAL.PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO. (MAIORIA) O fato do fármaco postulado não constar da lista editada pelo Ministério da Saúde ou não constar no Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas da referida entidade, não deve implicar em restrição ao seu fornecimento, pois tais protocolos clínicos, sendo normas de inferior hierarquia, não podem prevalecer em relação ao direito constitucional à saúde e à vida. **A ausência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de medicamento, pois existindo o dever do ente público, impõe-se a superação deste obstáculo através dos mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico. A concessão de medicamento não implica em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, pois a vida é direito subjetivo indisponível (indispensável), devendo prevalecer em qualquer situação. Não há que se falar em violação ao Princípio da Reserva do Possível, vez que não se deve discutir matéria orçamentária quando a própria Constituição Federal prevê o orçamento de seguridade social, com recursos originários das três fontes que integram o sistema unificado de saúde. Irrelevante o argumento de que a medicação postulada não possui eficácia comprovada, pois se o médico responsável pelos interessados lhes prescreveu medicação específica, certamente o fez pelo fato de referida medicação ser a que melhor se amolda ao quadro clínico de seus pacientes e a que lhes poderá trazer melhores resultados. (TJPR - 5ª C.Cível - ACR - 1414166-1 - Cruzeiro do Oeste - Rel.: Luiz Mateus de Lima - Por maioria - J. 29.09.2015)¹⁴² (gritei);**

Tem-se manifestado reiteradamente a 5ª Câmara Cível:

EMENTA, DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (ART. 23, II, CF). **ENUNCIADO Nº 16 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS. a) A promoção da saúde pública é direito fundamental do cidadão e responsabilidade solidária dos entes federativos, de modo que cada um deles (União,**

¹⁴² Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12009085/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1414166-1#>> Acesso em: 25/10/2015.

Estados ou Municípios) pode ser provocado a adotar as medidas hábeis ao cumprimento da garantia prevista constitucionalmente, uma vez que a saúde é obrigação de todos eles (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal).b) Nesse diapasão é o Enunciado nº 16 da Quarta e da Quinta Câmaras Cíveis, segundo o qual "As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer ente federado diante da responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios na prestação de serviços de saúde à população". **O direito à saúde, de aplicação imediata e eficácia plena, deve ser implementado pelo Estado (União, Estados, Municípios e Autarquias), desde que comprovada a doença e a necessidade de tratamento específico. b) A prescrição específica do medicamento postulado feita por profissional habilitado, responsável pela paciente, que é quem tem melhores condições de averiguar as reais necessidades, é prova suficiente da utilidade do tratamento que se pleiteia. c) É irrelevante que o tratamento prescrito não conste das listas excepcionais dos Programas do Estado, bem como não obedecem aos protocolos e diretrizes das Políticas Públicas de Saúde e Medicamentos existentes, que, por se tratarem de normas de hierarquia inferior a preceito constitucional, não podem ser invocados como razão para a recusa de entrega de tratamento à paciente que dele necessita. d) O direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana são consagrados pela Constituição Federal, impondo-se ao Poder Judiciário intervir quando provocado, para torná-lo realidade, ainda que para isso resulte em impor obrigação de fazer, com inafastável repercussão na esfera orçamentária, o que, por si só, não ofende o princípio da separação de poderes e nem a reserva do possível.3) APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO.(TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1417425-7 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - - J. 29.09.2015)¹⁴³ (grifei);**

Na mesma linha argumentativa, manifesta-se a 4ª Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA EM FAVOR DE IDOSO. **PEDIDO DE FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO CINACALCET 30 MG. DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE. PACIENTE REFRAATÓRIO AOS DEMAIS TRATAMENTOS DISPONIBILIZADOS NO SUS. DECISÃO DE NÃO INCORPORAÇÃO DO FÁRMACO PELA CONITEC FUNDAMENTADA EM FALHAS NO ESTUDO DE IMPACTO FINANCEIRO, RESSALVADA A REANÁLISE DO MEDICAMENTO POR**

¹⁴³Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12009094/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1417425-7#>> Acesso em: 25/10/2015.

OCASIÃO DA REVISÃO DO PROTOCOLO CLÍNICO DE HIPERPARATIREOISDISMO SECUNDÁRIO A DOENÇA RENAL CRÔNICA. **JUÍZO DE PONDERAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL, DE UM LADO, E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, DE OUTRO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE NO CASO CONCRETO.** DISPENSAÇÃO JUDICIAL DO MEDICAMENTO QUE NÃO CONFRONTA AS RAZÕES ADMINISTRATIVAS PELA NÃO INCORPORAÇÃO DO FÁRMACO AO SUS, VEZ QUE FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE SEGURANÇA QUANTO À DEFINIÇÃO DA POPULAÇÃO ALVO. **REFRATARIEDADE ÀS TERAPIAS CONVENCIONAIS ATESTADA PELO MÉDICO DA PARTE INTERESSADA.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.(TJPR - 4ª C.Cível - ACR - 1378682-2 - Paranacity - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - - J. 15.09.2015)¹⁴⁴ (grifei);

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONCESSÃO DO MEDICAMENTO ARISTAB A PACIENTE PORTADOR DE TDAHI (TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO COM HIPERATIVIDADE), TRANSTORNO DE CONDUTA E AGRESSIVIDADE E DISLEXIA ASSOCIADA. SENTENÇA QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO REQUERIDA. PRELIMINAR. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PARA INCORPORAR MEDICAMENTOS NOVOS. NÃO ACOLHIMENTO. INCUMBÊNCIA DO ESTADO, EM TODAS AS SUAS ESFERAS, DE PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE, CONFORME POSICIONAMENTO CONSOLIDADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ENUNCIADO Nº 16 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DESTA CORTE DE JUSTIÇA .MÉRITO. MEDICAÇÃO NÃO PREVISTA NOS PROTOCOLOS CLÍNICOS. AFASTAMENTO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA PACIENTE, QUE É ADOLESCENTE, AMPARADO PELA LEI Nº 8.069/90. INCAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. ENUNCIADO Nº 29 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO, É DESNECESSÁRIA A MENÇÃO EXPRESSA DOS ARTIGOS DE LEI ELENCADOS PELO APELANTE.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME

¹⁴⁴ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12000428/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1378682-2#>> Acesso em: 25/10/2015.

NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. (TJPR - 4ª C. Cível - AC - 1400773-7 - Barbosa Ferraz - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - - J. 22.09.2015)¹⁴⁵ (grifei);

Em especial, cabe ressaltar, que os desembargadores relatores que compõem a 4ª Câmara Cível, diferentemente da 5ª Câmara, em matéria de fornecimento de medicamento ou tratamento médico, manifestam-se monocraticamente julgando prejudicados os recursos com base no artigo 557, *caput*, do CPC, isso porque o Tribunal de Justiça do Paraná em consonância com a Jurisprudência do STJ já proferiu repetidas decisões em defesa do direito à saúde individual em detrimento da argumentação da reserva do possível e da separação de poderes.

Vide os seguintes julgados: TJPR - 4ª C. Cível - ACP - 136789-0 - Santa Fé - Rel. Cristiane Santos Leite - Decisão Monocrática - J. 24/09/2015¹⁴⁶; TJPR - 4ª C. Cível - AC e Reexame - 1401645-2 - Campina Grande do Sul - Rel. Abraham Lincoln Calixto - Decisão Monocrática - J. 17/08/2015¹⁴⁷; TJPR - 4ª C. Cível - ACR - 1379128-7 - Irati - Rel.: Guido Döbeli - Unânime - J. 18.08.2015¹⁴⁸; TJPR - 4ª C. Cível - ACR - 1373688-4 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - J. 04.08.2015¹⁴⁹; TJPR - 4ª C. Cível - ACR - 1068279-6 - Curitiba - Rel.: Coimbra de Moura - Unânime - J. 31.03.2015¹⁵⁰.

Da leitura e análise do inteiro teor dos acórdãos prolatados pelas 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Paraná, percebe-se claramente que o direito à saúde, mesmo em ações individuais, é tutelado, afastando-se por completo as alegações suscitadas pela Fazenda Pública.

A jurisprudência do Tribunal Estadual do Paraná mostra-se adepta à teoria do ativismo judicial, pois as decisões são amplamente fundamentadas, com a maior produção probatória possível, havendo ponderação entre os princípios e fundamentos constitucionais como a separação de poderes e a reserva do possível

¹⁴⁵ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12007761/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1400773-7#>> Acesso em: 25/10/2015.

¹⁴⁶ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12002939/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-1367849-0>> Acesso em: 25/10/2015.

¹⁴⁷ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11979538/Decis%C3%A3o%20Monocr%C3%A1tica-1401645-2>> Acesso em: 25/10/2015.

¹⁴⁸ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11997997/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1379128-7#>> Acesso em: 25/10/2015.

¹⁴⁹ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11980296/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1373688-4#>> Acesso em: 25/10/2015.

¹⁵⁰ Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11883480/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1068279-6#>> Acesso em: 25/10/2015.

frente o direito fundamental social à saúde.

Ademais, tendo em vistas as reiteradas decisões das Câmaras em sintonia com os precedentes e posicionamentos exarados pelos Tribunais Superiores, a 4ª e 5ª Câmaras Cíveis formularam Enunciados que expressam o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

Enunciado n.º 16¹⁵¹

"As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer ente federado diante da responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios na prestação de serviços de saúde à população."

Enunciado n.º 29¹⁵²

A teoria da reserva do possível não prevalece em relação ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, não constituindo óbice para que o Poder Judiciário determine ao ente político o fornecimento gratuito de medicamentos.

Enunciado n.º 30¹⁵³

Para fins de fornecimento gratuito de medicamentos por ente federado mostra-se irrelevante o fato de o relatório médico não ter sido elaborado por profissional integrante do SUS (Sistema Único de Saúde).

A racionalidade das decisões pauta-se na ponderação, levando em consideração as vicissitudes do caso concreto, como a razoabilidade e necessidade do pedido, a hipossuficiência do autor, a existência de tratamento e medicamento com o mesmo efeito e qualidade ofertados pelo Sistema Público de Saúde, bem como atenta-se às prescrições do médico que cuida do autor e que possui '*know how*' acerca do que é melhor e mais viável a salvaguardar saúde, integridade física e a vida digna do autor.

¹⁵¹Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9fe8a491a16a59a32966442a844f426c802a1763c7a9ec7b5e53acee88359c7cd8e9dd0b0b975d50f7> Precedentes: TJPR, 5.ª CCv., ApCível n.º 762.907-4, Rel. Des. Luiz Mateus de Lima, j. em 26.04.2011; - TJPR, 5.ª CCv., ApCível n.º 760.480-0, Rel. Des. Leonel Cunha, j. em 26.04.2011; - TJPR, 4.ª CCv., ApCível n.º 643.791-2, Rel. Des. Abraham Lincoln Calixto, j. em 29.06.2010. Acesso em: 25/10/2015.

¹⁵²Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f8096b41784d5e01d7ff65c963e7c731b8bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e> Precedentes: STF, 2.ª Turma, ARE. n.º 639.337-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Melo, j. em 23.08.2011; STJ, 2.ª Turma, REsp. n.º 1.068.731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 17.02.2011; - STJ, 2.ª Turma, REsp. n.º.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 25.08.2009; - STJ, 2.ª Turma, REsp. n.º 784.241/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 08.04.2008.- STJ. Acesso em: 25/10/2015.

¹⁵³Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f8096b41784d5e01db65d5161117c54298bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e> Precedentes STJ, 2.ª Turma, AgRg. no Ag. n.º 1.107.526/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.11.2010) Acesso em: 25/10/2015.

Percebe-se, pois, ao afastar o argumento da reserva do possível, que os acórdãos fundamentam-se na ausência de comprovação robusta por parte da Fazenda Pública quanto à insuficiência de recursos públicos, haja vista admitir que os entes federados são solidariamente responsáveis pela promoção da saúde. E quando às alegações de que muitas vezes os medicamentos não estão previstos na lista da ANVISA¹⁵⁴, nem são ofertados pelo SUS (Sistema Único de Saúde) ou não constam nos protocolos clínicos, tem-se que tais posicionamentos não são encarados como absolutos, pois o direito à vida sobrepõe-se a estes formalismos.

A despeito de uma postura ativa por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, percebe-se que as decisões não são inconsequentes e desmedidas, mas, sim, possuem uma linha de racionalidade que busca atender com razoabilidade as necessidades relacionadas à saúde, ao mínimo existencial digno do requerente, concretizando efetivamente o direito à vida digna do cidadão¹⁵⁵.

O Poder Judiciário tem assumido seu papel de garante, sobretudo dos direitos sociais. E a jurisprudência da Corte de Justiça estadual reafirma a legitimidade judiciária de intervir em casos de omissão dos demais poderes na consecução de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais previstos no texto constitucional. Como bem pontua Melina Fachin, ao analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, percebe-se que o Tribunal possui um posicionamento unânime em sobrepor a realização das garantias constitucionais em face de discussões burocrático-formalistas como a reserva do possível e a separação de poderes¹⁵⁶.

E por mais que nem todo cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário (deve-se lutar para que esse quadro de “privatização da saúde” se altere), as decisões proferidas fazem com a Administração Pública volte o olhar para as necessidades básicas de saúde que afetam a sociedade, ampliando com responsabilidade e

¹⁵⁴ RE 657718 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 17/11/2011, Acórdão Eletrônico DJe-051 DIVULG 09-03-2012 Public 12-03-2012 Republicação: DJe-092 Divulg10-05-2012public11 5-2012.Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000555&base=baseRepercos.>> Acesso em: 25/10/2015.

¹⁵⁵ “É urgente a necessidade de criação de “sistema brasileiro de tutela coletiva dos direitos sociais. Além disso, é imperativo repensar a tutela individual e o acesso da população aos mecanismos jurisdicionais, bem como, a reformulação da estrutura de apoio na tutela destes interesses.” FACHIN, Melina. **Direitos Humanos e Fundamentais** (...), Op. cit. p. 81.

¹⁵⁶ FACHIN, Melina Girardi. A Fragmentação da proteção contemporânea dos Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais: uma análise a partir do cenário estadual paranaense de proteção. In: **Direitos humanos e políticas públicas**. SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUZYNSKI, Sílvia Cristina (org). Curitiba: Universidade Positivo, 2014. p. 45-46.

fiscalização o investimento/alocação de recursos em políticas públicas, com o objetivo de atender o maior número de pessoas possível e assim evitar condenações judiciais dispendiosas. Por isso, a importância de um Poder Judiciário estruturado e consciente de seu papel na concretização de direitos fundamentais e na defesa dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da jornada desafiadora de escrever este trabalho, foi possível chegar a conclusões, ainda que pretenciosas, a respeito da judicialização do direito à saúde e da importância que o Poder Judiciário detém como agente ativo e imprescindível de mudança social.

Primeiramente, frente às considerações dos primeiros capítulos pode-se afirmar que após mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, os direitos fundamentais previstos na Carta Magna e nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil estão passando por um de seus melhores momentos históricos quanto à proteção, promoção e efetividade. Especialmente o direito à saúde, pela primeira vez expressamente elencado como direito fundamental social na Constituição, está sofrendo mudanças relevantes, pois a saúde pública está na agenda do dia tanto nos telejornais, quando no meio acadêmico e na atuação dos juízes e Tribunais.

Adentrando aos meandros do direito à saúde como direito fundamental e subjetivo foi possível traçar um conteúdo mínimo para a sua autoexecutoriedade frente aos Poderes Públicos. Em outras palavras, o direito à saúde não é somente um direito constitucional, muito menos uma norma meramente programática, mas é detentor de um núcleo essencial e exigível imediatamente perante aos poderes estatais. E esse núcleo/conteúdo mínimo dialoga intrinsecamente com o princípio da dignidade da pessoa.

Assim, defende-se, nesse estudo, que todo ser humano, pelo simples fato de existir e de conviver em sociedade e sob a tutela de um Estado, é detentor de um mínimo existencial, de condições mínimas que possibilitem não somente a sobrevivência, mas uma vida digna, a igualdade de chances dentro do espaço democrático. É preciso garantir a todos um conjunto de condições materiais elementares que permitam ao indivíduo participar efetivamente da comunidade na qual está inserido.

E é na concretização desse mínimo necessário e indispensável que está ancorada a obrigação do Poder Público adotar medidas concretas com o fim de promover os direitos fundamentais, e aqui, com destaque, o direito à saúde. Cabe ao Poder Público investir recursos em políticas públicas eficazes que deem conta de

fornecer a todos, mas primordialmente aos menos favorecidos e em faixa de risco social, condições mínimas de vida.

Infelizmente, o que se tem visto é a ineficácia do Poder Públicos e das políticas na efetivação e proteção do direito à saúde, e muitas vezes, atrelada à argumentação da ausência de recursos financeiros suficientes.

No entanto, aventa-se aqui a posição de que, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a cláusula da reserva do possível deve ser mitigada em face dos direitos fundamentais. Obviamente que os recursos são limitados e escassos e as necessidades humanas são ilimitadas, mas diante do mínimo essencial garantido a todo ser humano, não pode o Poder Público omitir-se do seu dever de empregar esforços para viabilizar a maior possibilidade de fruição dos direitos inerentes à condição humana, como uma vida digna, com acesso aos meios adequados para tal fim. A reserva do possível é tão somente um norte para o juiz durante a apreciação do caso concreto, é uma das balizas que formam o seu convencimento.

Mesmo em face dos recursos escassos, cabe ao Estado dar prioridade às necessidades básicas daquelas pessoas menos favorecidas e que não possuem meios financeiros de prover sua subsistência com dignidade e autonomia. Inegável que se está diante de um tema com inúmeros desafios tanto de ordem jurídica quanto prática, e que envolvem escolhas estratégicas.

E é justamente devido à ineficiência do Poder Público em satisfazer as necessidades mínimas em matéria de saúde, que o Poder Judiciário toma o lugar de agente ativo de mudança social, incumbido de dirimir as mais variadas lides em torno do tema. Apesar das críticas tecidas ao ativismo judicial como o fato de o juiz adentra nas searas discricionárias da Administração Pública e da alocação de recursos nas políticas públicas, ferindo o pacto federativo, ou mesmo a frequente “privatização da saúde” e a dificuldade de acesso à justiça pelos hipossuficientes, tais argumentos, como demonstrados no presente trabalho, não são suficientes para derrubar nem mesmo mitigar o importante papel que o Judiciário assume no cenário democrático.

Cabe ao juiz, quando demandado, analisar as vicissitudes do caso concreto que está a sua frente, verificando a razoabilidade e plausibilidade do pedido frente às circunstâncias, através de uma fundamentação racional e criteriosa com amplo

debate entre as partes e produção de provas, inclusive com a sociedade e instituições que possam agregar conhecimento técnico aos casos específicos.

Não se está aqui almejando a pretensão de delinear ou formatar um roteiro para a atuação jurisdicional. O objetivo deste estudo está em demonstrar que as escolhas do juiz devem ser devidamente fundamentadas, sendo possível enumerar alguns dos vários parâmetros que podem ser utilizados pelos julgadores, como a hipossuficiência do demandante, a emergência e a irreversibilidade da tutela pretendida, bem como a existência de tratamentos e medicamento com os mesmos princípios ativos e que sejam fornecidos pelo SUS e a prescrição por médico habilitado e conhecedor do caso.

E para ilustrar a fundamentação de que se valem os magistrados, foi realizado um levantamento jurisprudencial das Câmaras do Tribunal de Justiça do Paraná, cuja competência é o direito prestacional à saúde. E a partir do estudo dos acórdãos mais recentes, publicados em 2015, pode-se concluir que o Tribunal do Estado do Paraná, seguindo o entendimento dos Tribunais Superiores, afasta de pronto a cláusula da reserva do possível e da separação de poderes, entendendo que é dever solidário dos entes federativos atender às necessidades mínimas dos cidadãos, independentemente, por exemplo, de o medicamento pleiteado estar ou não inscrito no rol da ANVISA.

Percebe-se que a tendência da jurisprudência é a atuação consciente dos magistrados na concretização do direito à saúde, prezando pela manutenção de um mínimo existencial à vida digna. O Poder Judiciário, após 20 anos da promulgação da Constituição Federal, está se despidendo da timidez, do formalismo, da neutralidade política e da mera aplicação ou subsunção da norma ao caso concreto. O juiz passou gradativamente a compreender o seu papel no Estado Democrático de Direito, sendo um sujeito ativo com o dever de garantir o máximo respeito e efetividade dos objetivos constitucionais.

Caso recente e emblemático, e que chamou a atenção da sociedade para a importância do Judiciário na área da saúde, foi a recente decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷, Luiz Edson Fachin, ao conceder liminar suspendendo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, e assim possibilitando à

¹⁵⁷ Decisão proferida pelo Ministro Luiz Edson Fachin na Petição (PET) 5828. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=301441&caixaBusca=N.>> Acesso em 28/10/2015.

paciente demandante acesso a substância contra o câncer (*fosfoamina*) fornecida pela Universidade de São Paulo (campus São Carlos), mas que ainda não foi testada nem aprovada por laboratórios. No entendimento do Ministro, o caso apresenta urgência e plausibilidade jurídica, ademais a ausência de registro não implica, necessariamente, lesão à ordem pública, pois restou devidamente comprovado que a espera de um provimento final poderia levar à morte da paciente. Levou-se em consideração o estado terminal da requerente e a ineficácia de todos os procedimentos médicos tradicionais recomendados.

Resta evidente que as demandas que chegam ao Poder Judiciário são das mais variadas questões envolvendo o direito à saúde e a uma vida digna, e cada vez mais requerem do julgador um olhar atento às questões técnicas envolvidas e as consequências que geram, não somente ao erário, mas para as próximas ações judiciais. As dificuldades de racionalizar as decisões, portanto, só aumentam e cabe ao juiz estar consciente e preparado para os desafios que enfrentará e da adequada fundamentação que deverá apresentar.

Mas frente aos *hard cases*, a exemplo do julgamento supracitado do Supremo Tribunal Federal, o julgador não pode ser furtar de analisar o caso concreto, as vicissitudes que envolvem o caso, e dar uma resposta ao indivíduo e à sociedade. Eleva-se o Poder Judiciário à condição de importante espaço de realização dos direitos, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais que ficam alijados de sua universalidade de fato em consequência de seu menor reforço normativo.

O Poder Judiciário pátrio caminha gradualmente para desprender-se definitivamente das amarras do formalismo, da legalidade e da burocracia, e passa a compreender que o seu *lugar* dentro do campo democrático é permeável e dinâmico e deve debruçar-se às carências de que padecem os cidadãos. No Brasil, país tão carente de políticas públicas eficazes e rápidas, tão vazio de decisões legislativas e administrativas que visem resultados a longo prazo, principalmente quanto aos direitos sociais, o Judiciário é chamado, a cada dia, pela sociedade, a desempenhar um papel crucial na luta em defesa dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In. SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. O direito a prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo existencial e Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização: Direitos à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Interpretações e Aplicação da Constituição**, 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Flávia de Almeida de; VALLE, Caroline; FERREIRA, Marcela Bravo. **União no caso da saúde pública previsibilidade e contingenciamento dos riscos**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. vol. 102/2012, jan/2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 54, jan. – mar/2006.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FACHIN, Melina Girardi. A Fragmentação da proteção contemporânea dos Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais: uma análise a partir do cenário estadual paranaense de proteção. In: **Direitos humanos e políticas públicas**. SILVA, Eduardo Faria; GEDIEL, José Antônio Peres; TRAUZYNSKI, Silvia Cristina (org). Curitiba: Universidade Positivo, 2014.

_____. **Direitos Humanos e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. **Direitos Humanos e Fundamentais:** um olhar por meio da literatura. s.l., s.d.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GROSSI, Paulo. **Primeira Lição sobre Direito.** Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez.** Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HENRIQUE, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W.Norton & Co, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-

serafim: limites e possibilidade. In **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 6. Organizadores Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

LEHFELD, Lucas de Souza; COSTA, Kerton Nascimento e. **A intervenção do Poder Judiciário na Administração dos recursos destinados à garantia do direito coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?** In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 85/2013. Out/ 2013.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In. SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: **Curso de Direitos Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Efetivação dos direitos fundamentais sociais pela jurisdição constitucional. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Direitos Constitucional Brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. 287 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **A constitucionalização do Direito à saúde e sua concretização via aplicação da normal constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 81. p. 105 e ss, out/2012.

PESSOA, Flávia M. G; MACHADO, Clara C. Direito à saúde e controle judicial de políticas públicas. **Revista Evocati**, s.l.p.5. Disponível em: <http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=277> Acesso em 29/06/2015.

PIOVESAN, Flávia. Planos Global, regional e local. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Proteção dos direitos sociais: desafios dos *ius commune* sul-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, v. 3, n.2. p. 208, jul./dez. 2011.

_____. **Temas de direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIVETTITA, Saulo Lindorfer. **Direitos Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direitos Constitucional Brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Interesse Público - IP, ano 3, n. 12, out./dez. de 2001.

_____. Comentários ao Capítulo II, artigo 5º da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L. L. (coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Comentários ao Capítulo II, artigo 6º da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. GOMES; MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; STRECK, L. L. (coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v. 3. p. 775 e ss. Ago/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.

SARMENTO, Daniel. A Proteção dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetro Ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETTO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa.** Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 4, Jan-Jun/2013.

SUSTEIN, Cass. **Interest Groups in American Public Law.** Stanford Law Review. *Apud.* GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I.W.; TIMM, L. B; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.