

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -

COGEAE

***A efetivação de direitos fundamentais
sociais pelo Poder Judiciário – O direito à
saúde.***

São Paulo, janeiro 2014.

RAPHAEL ALVES DA SILVA CARDOSO

A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PELO
PODER JUDICIÁRIO – O DIREITO À SAÚDE.

Trabalho de Conclusão de Curso, obrigatório
à conclusão do curso de Especialização em
Direito Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo -
COGEAE, sob orientação do Prof. Renato
Gugliano Herani.

São Paulo, janeiro de 2014.

*“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte”
(Montesquieu)*

RESUMO

A finalidade do presente estudo é o de acrescentar qualitativamente reflexões úteis acerca do tema da efetivação e concretização do direito fundamental à saúde, pelo Poder Judiciário.

O desenvolvimento de debates sobre este tema no Brasil é de grande expressão, pois a muito anos que a comunidade jurídica brasileira já discute e escreve a respeito, porém permanece atual.

Não se tem a pretensão aqui de esgotar o assunto ou de se chegar a algum tipo de conclusão absoluta. Isto porque, A questão da proteção dos direito fundamentais é algo extremamente amplo e de grande complexidade.

Assim, o presente estudo restringirá a análise da efetivação de direitos fundamentais tão apenas ao direito à saúde, que por si já é algo complexo e de difícil consenso doutrinário.

A necessária observância de conceitos jurídicos que estão abarcados pela discussão também serão colocados no presente trabalho, o embate entre os chamados “mínimo existencial” e reserva do possível”, passando pela análise da proporcionalidade entre a questão orçamentária e valores constitucionais abrangidos pela dignidade humana. Ainda neste esteira de raciocínio, o presente trabalho promoverá análises sobre a intervenção do Estado-juiz, tendo em conta a sua atual capacitação técnica, para a concretização do direito à saúde, buscando aproximar-se sempre de atos decisórios mais “justos”.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos sociais, mínimo existencial, reserva do possível, direito à saúde, direito à vida, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The purpose of this study is to qualitatively useful add on the subject of the execution and application of the fundamental right to health , by the Judiciary.

The development of debates on this issue in Brazil is of great expression , because for many years the Brazilian legal community already discusses and writes about , but remains current .

The pretension here in not to exhaust the subject or to come to some sort of absolute conclusion. This is because the issue of protection of fundamental rights is extremely broad and very complex .

Thus , this study restricts the analysis of the enforcement of fundamental rights just as the right to health , which in itself is quite complex and difficult doctrinal consensus.

The necessary observance of legal concepts that are embraced by the discussion will also be placed in this work, the clash between the so-called "existential minimum" and "reserve of possible" , through analysis of the proportionality between the budgetary issues and constitutional values covered by the human dignity . Still in the wake of reasoning , this paper will promote analyzes of the intervention of the State court , taking into account your current technical ability to achieve the right to health , seeking always to approach of "fairer" decisions acts.

Keywords: fundamental rights, social rights, existential minimum, reserve of possible, right to health, right to life, human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	8
CAPÍTULO 2 – O DIREITO A SAÚDE	12
CAPÍTULO 3 – O MÍNIMO EXISTENCIAL	17
CAPÍTULO 4 – A RESERVA DO POSSÍVEL	20
CAPÍTULO 5 - A EFETIVIDADE DO DIREITO A SAÚDE ANTE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL.....	24
5.1 - DA INTERVENÇÃO DO ESTADO POR MEIO DO JUDICIÁRIO	
5.2 - A ATUAL CAPACITAÇÃO TÉCNICA DO JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS	
CONCLUSÃO.....	32
REFERÊNCIAS.....	33

INTRODUÇÃO

A crescente busca da sociedade pela concretização e efetividade de direitos fundamentais, notadamente no que tange ao direito à saúde, por intermédio do Poder Judiciário, é algo comum e crescente em nosso país.

Desta forma, o debate sobre o tema permanece atualíssimo e sempre caloroso, vez que lamentavelmente não se chegou a nenhuma conclusão prática para solucionar tal problemática até os dias atuais, mesmo já tendo se passado mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal.

Temas como a forma de alocação de recursos públicos, as políticas públicas adotadas pela Administração no âmbito de direitos fundamentais sociais e a necessidade da intervenção judicial para efetivação destes direitos, são assuntos sempre polêmicos e amplamente debatidos, com grande diversidade de pontos de vista, opiniões, conceitos e teses bem elaboradas.

A necessidade de se alcançar critérios materiais mais uníssonos e seguros quanto ao direito à saúde, a fim de que os atos decisórios se aproximem cada vez mais da chamada “justiça social”, conduz ao inevitável debate entre os conceitos denominados de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Os dois conceitos acima mencionados estão intrinsecamente ligados aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Assim, levando-se em conta que o direito à saúde foi claramente abarcado como sendo um direito fundamental pelo Constituinte, necessária se faz uma breve e inicial análise sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, tendo como base a própria Constituição Federal de 1988.

Capítulo 1 – A fundamentalidade dos direitos sociais no ordenamento constitucional brasileiro.

Conforme se verifica do próprio título deste primeiro capítulo, para se falar em fundamentalidade de direitos, necessariamente é preciso restringir-se a análise em determinado ordenamento constitucional concreto, no presente caso, o brasileiro.

Isto porque, a palavra fundamentalidade implica na agregação de determinados valores sociais. Ou seja, são valores de uma sociedade, que consensualmente serão implementados a determinados direitos, a fim de elevá-los ao *status* de fundamentais para aquela sociedade. Assim, a fundamentalidade dos direitos pode variar de um ordenamento constitucional para outro. O que é fundamental para uns, pode não ser para outros, ou ser de uma forma diferente.

Apesar disto, tem-se a existência de certos valores a ser considerados como mínimos entre os ordenamentos jurídicos constitucionais, ultrapassando-se as barreiras da constitucionalidade regional, e alcançando nível internacional. É o caso da dignidade humana e do direito à vida, por exemplo.

É justamente a conexão entre os direitos considerados como fundamentais para o ordenamento constitucional brasileiro com os valores considerados fundamentais pelo direito internacional que formam o que podemos determinar como mínimo existencial, conceito este que será ser mais bem analisado oportunamente neste trabalho.

Voltando novamente para a concepção interna, o que se deve analisar é a existência de valores essenciais em determinado direito, para que este seja considerado pelo ordenamento constitucional, como sendo direito fundamental.

Os direitos sociais estampados em nossa Constituição Federal claramente detêm esta essencialidade. São de tamanha relevância que, caso fossem retirados ou suprimidos de

determinado indivíduo, este teria claramente sua dignidade afetada. Estamos aqui diante da fundamentalidade material dos direitos sociais.

Os direitos sociais também possuem a chamada fundamentalidade formal, vez que foram consagrados pelo Constituinte no Título II da Constituição Federal, denominado de “dos direitos e garantias fundamentais”, em seu Capítulo II, artigo 6º.

Com isto, o que se quer demonstrar é que os direitos sociais, diante de tamanha relevância e essencialidade ao indivíduo e à sociedade, foi tratado pelo Constituinte como um direito fundamental em seu sentido formal e material (dupla fundamentalidade), para que, assim, sejam constitucionalmente protegidos a eventual reforma constitucional promovida pelo poder constituinte reformador.

Em outras palavras, os direitos sociais - aqui notadamente o direito à saúde - dada a sua fundamentalidade, jamais poderão ser suprimidos por eventual Emenda Constitucional, consoante dispõe o artigo 60, § 4º inciso IV da Constituição Federal.

Todavia, a intenção do Constituinte em tratar os direitos sociais como sendo fundamentais, formal e materialmente, vai para além de protegê-los de eventual reforma constitucional. O objetivo crucial da fundamentalidade dos direitos sociais é o fato de a estes passar a incidir o previsto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, que garante a aplicabilidade imediata destes direitos.

Ora, se os direitos sociais são tidos como fundamentais pela Constituição Federal, a estes deve ser dada a máxima efetividade possível, eis que são direitos de eficácia plena (ainda que de cunho prestacional).

Infelizmente ainda há quem ouse levantar o malfadado e ultrapassado argumento de que os direitos sociais consagrados na Constituição Federal não têm eficácia plena e imediata, por serem normas meramente programáticas.

Ou seja, a relação cidadão-Estado no que tange a direitos sociais prestacionais não seriam de vínculo obrigacional, mas meramente éticos e morais, e, assim, o beneficiário do direito à saúde, por exemplo, não poderia exigir judicialmente sua satisfação.

Ora, considerar que uma norma constitucional que assegura um direito fundamental ao cidadão não tenha caráter imperativo e sancionatório, que seja uma mera pretensão do indivíduo para com o Estado, seria negar o próprio sistema constitucional, e retirar o poder normativo jurídico das normas constitucionais. Nesse sentido¹, é de se destacar os ensinamentos do professor LUÍS ROBERTO BARROSO:

“As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências de insubmissão a seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nessa matéria, ao considerá-las prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.” (Interpretação e Aplicação da Constituição. 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 226)

Por óbvio que os direitos sociais, mais especificamente o direito fundamental à saúde, não podem ser tão-somente enunciados pela Constituição Federal. A ele deve ser dada sua efetiva aplicação.

Parece bem nítido que a real intenção do Constituinte quando assegurou o direito fundamental à saúde como sendo um direito de todos e um dever do Estado no artigo 196 da Constituição Federal, era a de que este último enfrentasse este direito como uma obrigação sim, no intuito de empenhar-se ao máximo para remover os obstáculos de ordem econômica e social, a

¹ Nesse mesmo sentido é enfático Pedro Lenza: “Enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF/88), os direitos sociais têm aplicação imediata (art.5º, § 1º) e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, pelas técnicas de controle, quais sejam, o mandado de injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) p. 1076. LENZA, Pedro, Direito constitucional esquematizado, 16 ed. rev. atual. e ampl, São Paulo Saraiva, 2012.

fim de concretizar sua aplicação. Nesta esteira, vale mencionar a irônica reflexão de NOBERTO BOBBIO:

“O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente nos direitos sociais. tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem hic et nunc, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados sine die, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de ‘direito’?” (A Era dos Direitos. 8a ed. Campus: Rio de Janeiro, 1992, p. 77/78).

Ainda quanto à efetividade de normas constitucionais, notadamente quanto a direitos fundamentais, vale destacar a lição de J. J. GOMES CANOTILHO ao citar o professor LUÍS ROBERTO BARROSO:

“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.” (apud. BARROSO, Luís Roberto. Ob. Cit., p. 220).

Capítulo 2 – O direito à saúde.

É de enorme complexidade a definição do que vem a ser saúde. Uma boa definição é a apresentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), - embora muito abrangente, ampla e até mesmo um tanto quanto utópica - de que saúde é o “completo bem-estar físico, mental e social” do indivíduo. Em verdade, o que se tem acerca do conceito de direito à saúde é que, juridicamente, não há um conceito definido de forma estrita, mas sim, diversas interpretações.

O direito fundamental à saúde está consagrado em nossa Constituição Federal nos artigos 6º, 196 e seguintes. Conforme aqui já dito, trata-se de um direito social fundamental, que deve ser assegurado a todos pelo Estado, à luz do que estabelece o artigo 196 da CF. Desta forma, a interpretação lógica que se faz é de que se trata também de um dever fundamental.

Nesse sentido vem o disposto na Lei 8.080/90, que em seu artigo 2º, § 1º, assegura que:

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

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

Outros dispositivos legais embasam o direito fundamental à saúde, dentro e fora da Constituição Federal. As diretrizes básicas do Sistema Único de Saúde (SUS) podem ser verificadas no artigo 198 da CF, que dentre outras medidas, estabelece critérios de descentralização do serviço entre Municípios, Estados e União.

Outro aspecto importante para o funcionamento do sistema único, e que se pode verificar nos parágrafos do artigo 198 da CF, é o repasse de recursos pela União. E quanto a esse tema não se pode deixar de mencionar a recente Lei Complementar 141/2012 que passou a

regulamentar os gastos para com a saúde, mais especificamente, aqueles dispostos no § 3º do artigo 198 da CF.

Portanto, o que se percebe de toda legislação atinente ao direito à saúde incidente no ordenamento brasileiro, é que existem algumas claras características deste direito social fundamental, tais como o acesso universal e igualitário, - garantindo de forma isonômica o direito de todos à saúde e seu sistema único - bem como a integralidade do serviço.

No que se refere a esta última característica acima mencionada, o artigo 7º, inciso II da Lei 8.080/90 nos ajuda a compreender melhor seu conceito, ao dispor que a “ [...] integralidade de assistência entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Os aspectos mais marcantes do direito à saúde nos moldes que foi consagrado pelo Constituinte, com certeza são os princípios da universalidade e equidade, considerados como os grandes desafio para o Estado, no que se refere à efetivação e concretização do direito à saúde.

Isto porque, muitos entendem que é justamente na interseção destes dois princípios característicos do direito à saúde que moram as grandes divergências no que se refere à efetividade e eficácia deste direito social. Há quem advogue a tese de que é a própria equidade que limita a universalidade do direito à saúde.

Em outras palavras, seria a impossibilidade de se garantir tudo a todos, pois do contrário correr-se-ia o risco de tornar impraticável o sistema de saúde pública. Garantir-se tudo a uns acarretaria em dar menos ou nada a outros.

Aqueles que argumentam a favor deste polêmico aspecto se baseiam em dados objetivos financeiros da Administração Pública e da alocação de recursos em políticas públicas planejadas. Seria preciso limitar tamanha amplitude em prol de prioridades eleitas pelo

administrador. É a chamada reserva do possível, que será oportunamente mais bem detalhada e abordada neste trabalho.

Como visto, o direito social fundamental à saúde está resguardado em uma gama de normas que o protegem e promovem. Na seara nacional, esta normatividade pode ser encontrada em especial na própria Constituição Federal, assim como em outras leis, como, por exemplo, a Lei 8.080/90.

Vale dizer que o direito à saúde é de tamanha relevância, que é protegido em âmbito internacional, com destaque para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)² de 1966, devidamente ratificado e incorporado pelo Brasil em seu ordenamento constitucional.

A concepção do direito à saúde esbarra, necessariamente, na garantia de outros direitos sociais fundamentais, previsto no próprio artigo 6º da CF, tais como o direito ao trabalho, alimentação, educação, moradia, etc. Enfim, o direito à saúde é tão especial e essencial que não há como dissociá-lo destes outros direitos sociais fundamentais. Não há como se ter uma saúde plena se o indivíduo não possui uma alimentação adequada, uma moradia digna ou boas condições de higiene.

Outra questão interessante e importante no debate acadêmico quanto ao direito à saúde está em classificá-lo como um direito coletivo ou individual. Em que pese o caráter difuso que o Constituinte agregou ao direito à saúde ao afirmar no artigo 196 da CF que trata-se de um direito de todos, e portanto, com sujeitos indetermináveis e objeto indivisível, não há que se confundir direitos sociais com direitos coletivos.

O direito à saúde está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, e por óbvio cada indivíduo possui a sua própria dignidade e sua própria saúde, de forma individualizada.

² Artigo 12, alínea 1: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”. Redação do dispositivo conforme texto aprovado pelo Decreto-legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06.07.1992, que incorporaram ao direito interno brasileiro o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Brasil.

Logo, se o direito à saúde de determinado indivíduo é suprimido pela má prestação de um serviço ou pelo não fornecimento de um medicamento, é este indivíduo que está sendo lesado que deve deduzir em Juízo a sua pretensão de ver seu direito fundamental à saúde tutelado. Nesse sentido CLARICE SEIXAS DUARTE:

“O interessante é notar que o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve. De fato, a partir do desenvolvimento deste conceito, passou-se a reconhecer situações jurídicas em que o Poder Público tem o dever de dar, fazer ou não fazer algo em benefício de um particular. Como todo direito cujo objeto é uma prestação de outrem, ele supõe um comportamento ativo ou omissivo por parte do devedor. (...) Na realidade, a grande inovação desta figura, na época de seu surgimento na Alemanha no final do século XIX, foi o reconhecimento de um poder de exigência (pretensão) do particular em face dos Poderes Públicos, tendo como objeto a prestação devida (...)” (Direito público subjetivo e políticas educacionais, in São Paulo Perspectivas, vol.18 nº 2 São Paulo Abr./Junho 2004).

Trata-se de um direito de todos, mas primeiramente é um direito de cada um. O caráter transindividual do direito à saúde jamais pode sobrepor a possibilidade de se tutelar individualmente um direito fundamental.

E é nesta esteira de raciocínio que o Poder Judiciário tem entendido em sua esmagadora maioria, em que pese admita-se que, por vezes, possa ser mais efetivo o pleito do direito à saúde por meio da demanda coletiva.

Por fim, destaca-se que, assim como os direitos fundamentais de um modo geral, o direito à saúde pode ser identificado contendo um direito positivo e outro negativo, ou seja, um direito preventivo e um direito prestacional.

O dever preventivo do Estado pode ser caracterizado pelas medidas que tenham o condão de evitar a exposição da saúde dos indivíduos. Ações e serviços de proteção ou redução do risco de se contrair doenças, inclusive as contagiosas – tais como programas de vacinação.

Se por um lado o aspecto preventivo tem o intuito de proteger o indivíduo contra males e ameaças que possam interferir e afetar sua saúde, por outro, o aspecto prestacional diz respeito a atividade concreta do Estado para com os indivíduos a fim de garantir-lhes sua saúde adequada e completa.

São exemplos para se entender melhor esta atividade concreta do Estado, o fornecimento de medicamentos, realização dos mais diferentes tipos de exames, prestação de tratamentos, atendimento hospitalar, etc.

Ou seja, o fornecimento de serviços, ações e bens materiais ao indivíduo - detentor do direito fundamental à saúde - que objetivem melhorar as condições e a qualidade de sua vida e saúde.

Embora a Constituição Federal não defina até que ponto vai o dever Estatal na salvaguarda da saúde das pessoas, seja de forma prestacional ou preventiva, certo é que a Carta Magna garante o acesso dos indivíduos a todos os meios (integralidade) que lhes possibilitem a cura de uma doença, ou pelo menos que lhes possibilitem tratamentos, contínuos ou não, que tragam uma melhor qualidade de vida.

Capítulo 3 – O mínimo existencial

Para adentrarmos ao tema, necessariamente não há como nos afastarmos da chamada fundamentalidade material dos direitos sociais, já analisada neste trabalho. Existe uma clara vinculação do chamado mínimo existencial com a essência material fundamental dos direitos sociais. Nesse sentido RICARDO LOBO TORRES:

“a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial”(TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. pp. 243-342.p. 268).

A possibilidade do reconhecimento de uma garantia subjetiva a recursos mínimos para uma existência digna iniciou-se na doutrina alemã Pós-Guerra. Entendeu-se que a dignidade da pessoa humana restaria prejudicada caso apenas as liberdades do indivíduo fossem garantidas, e caso não houvesse o fornecimento de condições e recursos materiais mínimos a garanti-la.

São estas condições mínimas de existência, positivamente garantidas ao indivíduo, titular destes direitos, que podemos chamar de mínimo existencial. Este por sua vez, constitui a principal obrigação do chamado Estado Social de Direito, vez que não há como se quantificar a dignidade da pessoa humana. É algo extremamente complexo se determinar uma fixação valorativa com a finalidade de se identificar qual é o real alcance da prestação assistencial destinada a garantir o mínimo existencial.

A despeito desta complexidade, certo é que a garantia de uma mera sobrevivência física do indivíduo não é o mesmo que garantir-lhe suas condições e direitos mínimos à sua existência. A dignidade humana, e conseqüentemente, o mínimo existencial, indicam dar ao indivíduo possibilidades, alternativas, opções, meios de se obter uma melhor qualidade de vida e uma saúde adequada. Ou seja, quando houver a plena fruição de todos os direitos fundamentais

por parte do indivíduo, se estará garantindo o mínimo existencial. A vida humana não pode reduzir-se a uma mera existência ou sobrevivência.

O que se está querendo demonstrar aqui, é que não pode ser confundida a idéia de garantia ao chamado mínimo existencial – atrelado ao conteúdo da dignidade humana e dos direitos constitucionais fundamentais - com o que se compreende como mínimo vital ou de sobrevivência. Não é garantindo que uma pessoa não morra de fome que se está garantido suas condições mínimas e dignas de existência. Aliás, longe disto.

Em outras palavras, não se pode reduzir o núcleo essencial do conceito de mínimo existencial a condições mínimas de sobrevivência física. A dimensão social e cultural da dignidade humana, que também constitui elemento nuclear do mínimo existencial, a ser respeitado e promovido pelo Estado. Nesta esteira de raciocínio, o Nobre Ministro CELSO DE MELLO assim afirmou no julgamento da ADPF 45/DF:

“como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.” (ADPF nº 45, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004).

Assim, haverão de estar sempre incluídas no núcleo essencial do conceito de mínimo existencial outros direitos sociais, como a educação fundamental por exemplo, que notadamente é um direito sociocultural e de inserção, e não meramente um direito fisiológico, de necessidades básicas de sobrevivência. Outros direitos sociais específicos, como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros, estão abarcados no que se entende por mínimo existencial. Nesse sentido ensina LUIS ROBERTO BARROSO:

“as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate político.” (BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial).

O que se verifica, portanto, é que existe um conjunto de direitos e garantias fundamentais já sedimentadas que, sem excluïrem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

Todavia, isto não exclui a necessidade de uma análise de cada caso concreto, à luz das necessidades de cada indivíduo detentor de direitos fundamentais, para se identificar o que compõe o mínimo existencial. Por isto, não pode o legislador fixar valores padronizados, um rol fechado de direitos e garantias, para determinadas prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial, pois, como mencionado outrora, há situações em que, para se garantir o direito à saúde de um determinado indivíduo, é necessário fazer mais do que é feito à toda coletividade.

Cabe destacar o entendimento do Ilustre Ministro Gilmar Mendes acerca do tema da composição do conteúdo do mínimo existencial e da dinâmica da aplicação prática destes valores constitucionais fundamentais:

“Para além desse patamar básico, garantido pelo mínimo existencial e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é possível que o Judiciário reconheça a nota de fundamentalidade de outros direitos socioeconômicos, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. (...) Nessas situações, parece possível permitir uma ação judicial, mesmo na ausência de lei, cabendo ao juiz verificar, caso a caso, se está presente um direito fundamental a ser protegido, à luz das informações contidas no processo judicial. São as circunstâncias do caso concreto que irão fornecer ao juiz os elementos necessários para tomada de decisão, cabendo ao juiz se munir do maior número de informações possíveis para julgar com correção, sempre observando a proporcionalidade e a reserva de consistência” (STA 238-TO. Rel. Min. Gilmar Mendes - Julgamento 21/10/2008).

Capítulo 4 – A reserva do possível

A dimensão economicamente relevante dos direitos sociais, com principal atenção ao direito prestacional à saúde, é talvez o principal óbice no que diz respeito à concretização desses direitos fundamentais. A disponibilidade financeira de recursos do Estado é o que assegura a concretização de direitos prestacionais.

Para se chegar ao sentido amplo de entendimento da reserva do possível, deve-se analisar dois aspectos, que embora distintos, estão interligados. Atrelada à disponibilidade material do Estado na alocação de seus recursos, situa-se a sua possibilidade jurídica de disposição. Seria o seu poder de dispor acerca recursos existentes.

Nesta esteira de raciocínio, INGO WOLFGANG SARLET afirma que a reserva do possível possui dimensão tríplice:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008, p. 29).

A realização ideal da integralidade no sistema de saúde pública brasileiro somado com a própria característica da universalidade do direito à saúde, acaba por encontrar entraves como a escassez de recursos, no sentido de se tornar inviável conceder tudo a todos. Nesse sentido LUIZ MOTTA FERRAZ e FABIOLA SULPINO VIEIRA:

“A magnitude do problema pode ser ilustrada com o seguinte exemplo. Tome-se apenas as seguintes doenças: hepatite viral crônica C e artrite reumatoide. Imaginemos que o SUS, ao invés de oferecer, como hoje se faz, uma lista de medicamentos escolhidos pelo seu perfil de segurança, eficácia (faz o que propõe a fazer em condições controladas), custo-efetividade (faz o que se propõe a fazer em condições reais ao menor custo) e mediante protocolo, resolvesse oferecer a todos os cidadãos portadores dessas duas doenças, conforme prevalência estimada, os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado: “interferon peguilado” para a hepatite viral crônica C e “infiximabe, etanercepte e adalimumabe” para a artrite reumatoide [...] a estimativa total de recursos financeiros em reais, necessários para o atendimento a todos os pacientes portadores dessas duas doenças, estimados em 1,9 milhão de pessoas com base nos dados epidemiológicos disponíveis. O total é de 99,5 bilhões de reais! Para se ter a dimensão exata de tais gastos, é preciso analisá-los no contexto dos gastos totais do governo em saúde e da economia do Brasil. O Produto Interno Bruto (PIB) do país apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2006 foi de 2,3 trilhões de reais. Os gastos necessários para tratar apenas estas duas doenças com as tecnologias (medicamentos) citadas consumiriam, portanto, nada menos do que 4,32% do PIB brasileiro. Para se ter uma dimensão mais clara de quanto isto representa, observe-se que em 2004, as despesas totais com ações e serviços públicos de saúde financiada com recursos próprios dos municípios, Estados e União totalizaram 3,69% do PIB. Se aplicarmos esse percentual ao PIB de 2006, teremos um valor aproximado de gasto público com ações e serviços de saúde de 85,7 bilhões de reais neste ano. Conclui-se, assim, que os recursos financeiros necessários para implementar essa política de assistência terapêutica a apenas 1% da população e em relação a apenas duas doenças (99,5 bilhões de reais) seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (85,7 bilhões de reais). Ou seja, para fornecer apenas 04 medicamentos para tratar 02 doenças, cobrindo 1% da população, gastar-se-ia mais que o que é atualmente gasto com todo o atendimento feito pelo SUS com internação, diagnósticos, tratamento, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras”³

Ademais, a Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso Nacional no ano anterior e, no caso do Distrito Federal, à lei Orçamentária local, aprovada pela Câmara

³ Texto apresentado por Otávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira, Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante, para instrução da audiência pública sobre saúde pública realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27,28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009.

Legislativa, vinculam a Administração Pública no que tange a alocação de seus recursos. Desta forma, sustenta-se que decisões judiciais de concretização de direitos sociais, como o direito à saúde, que, com fundamento no artigo 6º da Constituição Federal obriguem a Administração Pública a relocar seus recursos em despesas não previstas na Lei Orçamentária Anual, além de criar graves problemas no sistema financeiro do Estado, afrontaria o princípio da separação dos poderes.

Com base na idéia de que todo direito possui um custo, vê-se que a reserva do possível surge como um instrumento de ponderação para a efetivação de diversas políticas públicas. Em outras palavras, a reserva do possível deve ser considerada como peça chave para a necessária aplicação do princípio da proporcionalidade na relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, quando da atuação judicial que englobe políticas públicas.

É notório, portanto, que a análise da reserva do possível abrange não somente uma conotação exclusivamente jurídica, mas principalmente política. Se a princípio a efetivação de direitos fundamentais sociais deve ser realizada pelo Poder Executivo, torna-se igualmente necessário trazer à baila os princípios norteadores da Administração Pública da moralidade e da eficiência, notadamente quando se cuida de efetividade dos direitos sociais e de se administrar a escassez de recursos. Nesse sentido, ensina o Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada - STA 195 em que foi relator:

“(1) direito de todos:

“É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. (...)” (mas), “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

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

“(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por

parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).” (de forma) “solidária e subsidiária entre eles”.

“(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

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

“(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área de saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição.”

“(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007)”

“(6) ações e serviços e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

(...) o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.”

Infelizmente, o que se tem percebido acerca deste polêmico e inesgotável debate, é que, não são raras as vezes em que se utilizam a chamada reserva do possível com o mero intuito de se tentar impedir a intervenção judicial ou como justificativa para o descaso da Administração Pública para com a real concretização e efetivação de direitos sociais fundamentais. Ora, se cabe ao Poder Executivo a promoção de políticas públicas com base na lei orçamentária e na disponibilidade de seus recursos, cabe também a ela - Administração Pública - o ônus da comprovação da real escassez dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, bem como da eficiente aplicação dos mesmos. A reserva do possível não pode servir não como uma barreira intransponível na perspectiva do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Capítulo 5 – A efetividade do direito à saúde ante o mínimo existencial e a reserva do possível.

Conforme já dito neste trabalho, a reserva do possível deve sempre ser corretamente levada em consideração e utilizada como um instrumento de ponderação para a efetivação de direitos sociais, aqui especificamente quanto ao direito prestacional à saúde. As decisões judiciais devem levar em conta as escolhas adotadas pela Administração Pública na alocação de seus recursos e na concretização de suas políticas públicas, com base em critérios de proporcionalidade, eis que o que está em jogo são direitos fundamentais, o mínimo existencial, e em última análise a dignidade do pleiteante.

Assim, se mostraria como desarrazoado compelir o Estado a fornecer ou custear medicamentos e tratamentos não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes, ou impor ao Estado a prestação de determinado medicamento, mesmo existindo outra opção de menor custo econômico, disponível no mercado e no próprio sistema público de saúde, e ao mesmo tempo similar em segurança, eficiência e finalidade. Por vezes, formas de diagnóstico e tratamento economicamente mais acessíveis ao Estado podem até mesmo ser mais eficientes e trazer mais vantagens para a própria saúde da pessoa.

Desta forma, a correta produção de prova e a sujeição ao contraditório são indispensáveis quando da averiguação por parte dos magistrados do que efetivamente representa o mínimo existencial em cada caso concreto. Nesse sentido LUIZ MOTTA FERRAZ E FABIOLA SULPINO VIEIRA:

As técnicas de ponderação de valores e harmonização de preceitos constitucionais devem estar sempre à disposição do julgador quando da apreciação de lides envolvendo a individualização da saúde pública. Cabe a este, diante do caso concreto, sopesando os princípios da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, avaliar se o bem da vida perseguido pelo autor apresenta-se de fato como integrante do núcleo mínimo existencial, sobretudo diante da infinitude das

*necessidades da população em contraposição à finitude de recursos públicos para lhe fazer face. Não pode o magistrado, outrossim, fechar os olhos para a realidade e desprezar as dificuldades orçamentárias do ente demandado, notadamente se se pretende tratamentos não incluídos nas políticas públicas do SUS e que não se inserem no plexo de atribuições que lhe compete dentro do sistema.*⁴

Não se está aqui pretendendo, contudo, dizer que não se pode exigir providências efetivas e imediatas, ou que não se deve conceder a tutela jurisdicional em casos de urgência, nas quais a vida humana está em risco. O direito à vida e à saúde sempre estarão em situação de prioridade quando em contraposição à reserva do possível e reajustes orçamentários por parte do Estado. Nesta linha de entendimento, vale destacar INGO WOLFGANG SARLET ao mencionar EROS GRAU:

“Tudo está a demonstrar, portanto e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível ‘não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica’. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem ‘governa’ – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.”

Todavia, isto não exclui a necessidade de se adequar as políticas públicas planejadas e implementadas pelo Estado com a real necessidade de cada caso concreto em se garantir o mínimo existencial do indivíduo. Veja-se, portanto, que a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível não são princípios antagônicos, não sujeitos a harmonização. Nesse sentido RICARDO LOBO TORRES:

⁴ Texto apresentado por Otávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira, Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante, para instrução da audiência pública sobre saúde pública realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27,28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009.

“no plano do orçamento público inclui-se a quantificação dos valores éticos na conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social e o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados” (TORRES, Ricardo Lobo, “Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Volume V”, 2ª ed., Ed. Renovar, 2000).

Por outro lado, vale destacar, ainda, o princípio da subsidiariedade, que para além de sua importância no âmbito federativo, está intimamente conectado ao tema da efetividade de direitos sociais à luz da reserva do possível, do dever prestacional do Estado na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana, e até mesmo do próprio princípio da solidariedade, como sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I da Constituição Federal).

O princípio da subsidiariedade, em um aspecto positivo, o significa uma imposição de auxílio entre os entes federados, sem que com isto, observadas as peculiaridades de cada serviço e das unidades sociais inferiores, se esteja interferindo nas competências originárias daquelas. Deve-se valorizar, sobretudo, a operatividade implantada no Sistema Único de Saúde no que se refere à criação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais, e, a distribuição de competências e encargos. Nesse sentido a brilhante explanação do professor ANDRÉ FRANCO MONTORO:

é um princípio de bom senso, tudo o que puder ser feito no Município deve ser feito por ele, o que ele não puder, o Estado vem em auxílio, o que o Estado não puder a União subsidia. Parto do princípio de que, tudo o que puder ser feito por uma entidade menor, não deve ser feito por um organismo maior, é o Governo mais próximo da população, e eu menciono alguns princípios: primeiro, tudo aquilo que puder ser feito pela própria sociedade deve ser feito por ela, quando ela não puder fazer, o Estado interfere, mas não se trata de um Estado mínimo ou máximo, mas sim do Estado necessário. [...] A União deve ficar com os poderes que nem o estado, nem o Município e nem a sociedade, podem fazer de forma adequada ao interesse público. Diretrizes gerais, Segurança Pública, relações Internacionais mas, principalmente, diretrizes. A execução, excepcionalmente, só quando ela realmente não puder ser realizada por instâncias menores. Esta é uma boa síntese do que se poderia chamar de princípio da subsidiariedade. (MONTORO, André Franco. Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil

e na Alemanha. Coleção Debates da Fundação Konrad Adenauer. Rio de Janeiro, 2002, p. 59).

5.1 - A intervenção do Estado por meio do Judiciário

O acesso ao Judiciário está amplamente garantido pela Constituição Federal em diversos princípios e garantias. Uma delas é a inafastabilidade da atividade jurisdicional, prevista no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, a qual assegura apreciação e o controle jurisdicional quando houver qualquer tipo de ameaça ou lesão a direito, ainda que decorrentes da ação ou omissão do próprio Poder Público ou da má implementação de suas políticas públicas.

Não raro, tenta-se impedir a possibilidade de intervenção judicial quanto ao tema, sob o argumento de ofensa à separação de poderes, a fim de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. Todavia, não é neste sentido o entendimento do STF, o qual assevera que:

“embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”(RE 436.996-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Ainda nesta linha de raciocínio, e, conforme já demonstrado, percebe-se que o atual entendimento jurisprudencial é no sentido de que o aspecto financeiro deve deixado em segundo plano quando sopesado com direitos fundamentais, como o direito prestacional à saúde. Assim, o Ministro Celso de Mello assevera que:

“(...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer

prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (...)” (AgRE 271.286-8/RS).

Em igual sentido, o Ministro Marco Aurélio afirma que:

“(...) falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do município. (...) Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem (...)”. (AI 238.328/RS).

Corroborando este entendimento, o Ministro do STJ Humberto Martins:

“1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1136549 RS

2009/0076691-2, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21/06/2010).

Comprova-se, portanto, que a existência de limitação e escassez dos recursos orçamentários não é considerado como fator determinante pela atual jurisprudência, sobretudo pelos Tribunais Superiores. A corroborar este entendimento, vale destacar a lição doutrinária do professor LUIS ROBERTO BARROSO:

“a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.” (BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial).

5.2 - A atual capacitação técnica do Judiciário para a efetivação de direitos sociais.

A atuação jurisdicional para casos que impliquem a ponderação na efetivação de direitos sociais, especificamente aqui o direito à saúde, deve observar as reais necessidades de cada indivíduo em cada caso concreto, a fim de se aferir as alternativas realmente indispensáveis de tratamento e à concretização da política pública ineficiente ao caso.

Desta forma, discussão deve ocorrer com base em elementos probatórios robustos e condizentes com a complexidade da decisão a ser tomada. Em outras palavras, deve-se demonstrar a real necessidade daquele tratamento, bem como mesmo a inexistência de alternativa economicamente vantajosa ao Estado, a fim de viabilizar o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário.

O que se quer demonstrar é a necessidade de o magistrado ter segurança quanto à eficiência e eficácia do tratamento ou do medicamento determinado pela decisão judicial, no sentido de ser o menos invasivo para o próprio indivíduo que pretende a tutela integral à sua saúde, levando-se em conta a reserva do possível.

Somado a isso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial exigirá uma capacidade técnica do Poder Judiciário mais profunda e cautelosa e cuidadosa acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida.

A produção probatória deve ser mais acurada, com a realização de perícias técnicas que auxiliem ao máximo o magistrado na tomada de decisão. Isto porque, nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficientes e seguros, podendo em muitos casos ser temerário se tomar decisões técnico-científicas sem o devido embasamento técnico.

Significa dizer, que não basta a mera apresentação de receituário firmado pelo profissional da saúde que tem relação direta com o interessado, sendo indispensável a solicitação de auxílio de profissional especializado, a fim de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento ou do medicamento pleiteado.

O acórdão da Suspensão de Segurança 3382/RN, em que foi relatora, a Ministra Presidente Ellen Gracie, é um brilhante exemplo de como o Judiciário deve decidir demandas que envolvam o tema deste trabalho com toda sua complexidade, ante os diversos e polêmicos aspectos:

“(...) Passo, pois, ao exame do mérito do presente pedido de suspensão de segurança. A jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal possibilita, quando da análise do pedido de suspensão (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros), um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal. Faço-o, pois, reportando-me aos seguintes fundamentos fáticos: a) consoante se extrai da petição inicial e da decisão impugnada, os pais do impetrante não possuem condições financeiras para custear o pagamento do medicamento em questão, por já arcarem com os custos de outros quatro medicamentos (fls. 44 e 65); b) o impetrante é portador de cardiopatia congênita (comunicação interventricular e estenose de ramos pulmonares), a qual está evoluindo com hipertensão pulmonar e sobrecarga

ventricular direita, conforme parecer cardiológico, motivo pelo qual necessita usar continuamente citrato de sildenafil, na dose de 20 mg, três vezes ao dia;c) o Revatio (citrato de sildenafil) é o medicamento que possui as propriedades vasodilatadoras indicadas, segundo o parecer cardiológico, para o tratamento em comento (fl. 54);d) embora o medicamento Revatio (citrato de sildenafil) não conste da listagem de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde (Portaria GM nº 2.577, de 27 de outubro de 2006), o mesmo se encontra devidamente registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, sob a titularidade de Laboratórios Pfizer Ltda (Registro nº , DOU 21.8.2006).6. Finalmente, como bem asseverou a Procuradoria-Geral da República, "apesar de alegar que o fornecimento do medicamento pleiteado não está previsto no Programa de Dispensação de Medicamentos em caráter excepcional, o Estado requerente não demonstra a eficácia de outras drogas, tampouco comprova que estão sendo disponibilizadas para o doente, de forma que prevalece a premissa de imprescindibilidade do fármaco pleiteado para a manutenção da saúde e preservação da vida do autor" (fl. 85).7. Assim, no presente caso, atendo-me à insuficiência econômica dos pais do impetrante para custear a aquisição do medicamento em apreço, à enfermidade em questão, à urgência na utilização do medicamento Revatio (citrato de sildenafil), devidamente registrado junto à Anvisa, entendo que, em face dos pressupostos contidos no art. 4º da Lei 4.348/64, a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso, o que demonstra, em princípio, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida na ação mandamental, cuja liminar foi devidamente mantida, à unanimidade, pelo Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte no julgamento de seu mérito, realizado em 07.11.2007.8. Ante o exposto, indefiro o pedido." (SS 3382/RN, Min. Ellen Gracie, DJE 29/11/2007).

CONCLUSÃO

Em que pese o tema ora abordado continue a possuir enorme complexidade e diversos aspectos polêmicos e controversos, o que se pode constatar é que, há uma necessidade de se empreender uma visão crítica e ampla do assunto, a fim de se contribuir para um avanço na matéria.

Em um cenário que claramente se percebe uma intensificação na judicialização de políticas públicas, os magistrados devem estar atentos aos precedentes já estabelecidos, a fim de sempre buscar uma consolidação coerente da jurisprudência pátria, a preservação da segurança jurídica e a eficiência do sistema.

Nesse sentido, os magistrados devem, ainda, observar a proporcionalidade do direito que está sendo pleiteado com os recursos estatais, verificando a real necessidade da medida e as suas conseqüências.

Todavia, o que talvez seja a mais importante reflexão deste trabalho, é que não se deve confundir a necessidade de os magistrados levarem em consideração reserva do possível com a tentativa de se obstar a plena eficácia e efetividade do mínimo existencial. O direito à saúde de um povo não pode estar condicionado à teorias que o subordina, notadamente ao aspecto orçamentário do Estado. Trata-se de dar maior concretude ao determinado na Constituição Federal, principalmente no que concerne a direitos fundamentais sociais - como a prestação integral e universal da saúde à sociedade -, o direito à vida, e, em última análise, ao mínimo existencial e à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998.
- LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*, 16 ed. rev. atual. e ampl, São Paulo Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8a ed. Campus: Rio de Janeiro, 1992
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br>
- COSTA, Emilia Viotti da. *STF: O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2ª ed.. São Paulo: Editora UNESP 2006.
- COUTINHO, Diogo R. Coutinho e VOJVODIC, Adriana M.(coord.). *Jurisprudência Constitucional: Como decide o STF*. SBDP; Editora Malheiros, São Paulo, 2009.
- DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, in São Paulo Perspectivas, vol.18 nº 2 São Paulo Abr./Junho 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 dez. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Volume V*”, 2ª ed., Ed. Renovar, 2000.

MONTORO, André Franco. *Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha*. Coleção Debates da Fundação Konrad Adenauer. Rio de Janeiro, 2002.

RAMOS, Leandro Ferreira. *Fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2014.

NAHID, Maria Laura Timponi. *Efetivação judicial dos direitos sociais*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 10 dez. 2013.

SALEH, Sheila Martignago. *Fraternidade e direito à saúde: o fornecimento gratuito de medicamentos essenciais para a efetivação material do princípio da dignidade humana*. Disponível em <http://www.ruef.net.br/uploads/biblioteca/119a8f77b7e57e35cb0f8e8952139ec9.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014.