

O DIREITO À SAÚDE EM UMA VISÃO NEOCONSTITUCIONALISTA: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Alexander Pereira da Costa¹

RESUMO

O presente artigo, produto do nosso trabalho de conclusão de curso, visa formular uma análise das controvérsias que surgem em torno do crescimento do fenômeno da judicialização do direito à saúde, no atual ambiente jurídico composto pelos novos paradigmas do neoconstitucionalismo, buscando demonstrar como a intervenção judicial na concretização de prestações de saúde pode ser legítima do ponto de vista democrático, desde que seja embasada em critérios proporcionais, capazes de compatibilizar a reserva do possível com o mínimo existencial.

Palavras-chave: Direito à Saúde – Judicialização – Neoconstitucionalismo – Proporcionalidade – Políticas Públicas – Reserva Possível – Mínimo Existencial

ABSTRACT

This paper, product of our course conclusion work, aims to formulate an analysis of disputes that arise around the growing phenomenon of legalization of the right to health, the current legal environment composed of the new paradigms of neoconstitutionality to demonstrate how judicial intervention in achieving health benefits can be legitimate democratic point of view, since it is grounded in proportionate criteria, able to match the reservation as possible with minimal existential.

Key-words: Right to Health – Legalization – Neoconstitucionalism – Proportionality – Public Policy – Reserving Possible – Existential Minimum.

¹ Graduando em Direito (UNIGRANRIO). Contato: alex.p.c@click21.com.br.

1. INTRODUÇÃO

O constituinte originário, ao delinear os contornos da nova ordem jurídica vigente, demonstrou inequivocamente sua preocupação com a proteção do homem, tendo, em virtude disso, erigido a dignidade da pessoa humana, consoante dicção expressa do inciso III, do art. 1º, da CRFB/88, como valor supremo e fundamental da República Federativa do Brasil e construído um extenso sistema de direitos e garantias fundamentais imprescindíveis à manutenção de um ambiente de vida digno, capaz de possibilitar o desenvolvimento pleno das faculdades humanas.

Dentre os direitos expressamente consagrados naquele sistema de direitos e garantias fundamentais, encontra-se o direito social à saúde, o qual, segundo a redação do artigo 196 da Carta Política, constitui-se em direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

Nesse sentido, almeja-se com o presente trabalho de conclusão de curso empreender uma análise das controvérsias que surgem em torno do fenômeno da judicialização do direito à saúde, caracterizado pelo aumento da concretização daquele direito pelas vias judiciais, em decorrência da elevação do número de demandas que buscam obter provimentos judiciais que condenem o Estado a prestar os mais variados serviços médicos.

Para isso, num primeiro momento, parte-se de uma pesquisa histórica acerca das gerações – dimensões - dos direitos fundamentais, dando atenção aos direitos liberais e aos direitos sociais, buscando-se seguir o traçado marcado pelas mudanças estruturais político-filosóficas pela qual passou o Estado, para depois demonstrar, sem a pretensão de exaustividade, como o direito à saúde vem normatizado na Constituição de 1988.

Posteriormente, procura-se identificar como os paradigmas do constitucionalismo contemporâneo, notadamente a reaproximação do direito aos valores éticos por meio dos princípios, o reconhecimento da força normativa e da superioridade da constituição e a nova hermenêutica constitucional, contribuíram para modificar a forma de se encarar os aspectos normativos dos dispositivos constitucionais que contemplam o referido direito, reconhecendo-lhes eficácia jurídica imediata, capaz de ensejar um direito público subjetivo passível de ser prontamente reclamado judicialmente.

Por conseguinte, busca-se evidenciar a legitimidade democrática da intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas de saúde, frente ao princípio da separação de poderes e do sistema democrático majoritário, por meio de uma atuação pautada pelo princípio da proporcionalidade capaz de conciliar a cláusula da reserva do possível com o mínimo existencial, extraíndo-se daí uma medida razoável para o controle jurisdicional. Nessa sede, procurou-se, também, demonstrar como o diálogo institucional, consubstanciado no amplo contraditório, pode ser bem útil para o alcance de soluções mais razoáveis que compatibilizem tanto a pretensão individual veiculada no processo com as políticas já contempladas no sistema público de saúde.

Por derradeiro, defende-se a legitimidade democrática da atuação, proporcional, do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental social à saúde, principalmente na quadra atual em que a crise de representatividade é evidente, buscando-se demonstrar que a via judicial constitui-se em um canal de comunicação entre o cidadão e o Poder Público, isto é, traduz-se em mais um meio de exercício da cidadania.

Na realização da presente pesquisa se fez uso de obras doutrinárias, julgados garimpados do acervo jurisprudencial dos Tribunais Superiores e artigos dedicados ao tema, muitos deles publicados em meios eletrônicos e disponíveis na internet.

2. A NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

2.1. A GÊNESE DO ESTADO SOCIAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO

O reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana está, sem dúvida alguma, intimamente relacionado com as mudanças estruturais político-filosóficas pela qual passou o Estado ao longo dos tempos. Tais mudanças, invariavelmente, eram precedidas de movimentos revolucionários sempre instaurados por aquela parcela da sociedade que já não mais se contentava com modelo político-jurídico dominante.

Esse tipo de análise revela-se imprescindível para uma melhor compreensão das gerações – alguns preferem utilizar a expressão “dimensões” - dos direitos fundamentais, ainda mais se levarmos em conta que uma das principais características desses direitos é a sua historicidade, já que são fruto de um contínuo processo evolutivo e de transformações dos valores que marcam os povos em um determinado tempo e lugar. Isso porque “o processo de criação dos direitos humanos fundamentais não tem um epílogo; o rol continua passando por alterações e acréscimos capazes de promover uma adaptação às demandas sociais de cada época e local”².

Nesse sentido, tomando como marco histórico o surgimento do Estado Moderno, constata-se que este, inicialmente, apresentou-se sob a forma das monarquias absolutistas. Esse sistema de governo caracterizava-se pelo fato de que todos os poderes (funções) enfeixavam-se nas mãos da figura do Rei, cuja legitimidade residia, além da questão da linha sucessória, em aspectos metafísicos de cunho meramente religioso, consistente em uma suposta delegação divina.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-24

Como era de se esperar, os regimes monárquicos, prevalecente até o século XVII, época em que os movimentos revolucionários começaram a tomar toda a Europa Ocidental, começaram a ser amplamente combatidos, perdendo por completo qualquer legitimidade que ainda pudesse existir, o que abriu caminho para sua inevitável decadência.

A falta de instrumentos de controle sobre os atos do monarca, por óbvio, gerava uma insegurança e uma revolta muito grande nos seus súditos, principalmente nos comerciantes burgueses, já que estes ficavam totalmente à mercê do estado de espírito do soberano, não existindo limitações jurídicas capazes e impedir as intervenções arbitrárias na esfera jurídica particular dos indivíduos, tornando praticamente nulas as garantias e liberdades individuais.

Foi neste cenário de instabilidade político-jurídica que, no final do século XVII, os movimentos revolucionários instaurados na Inglaterra e, principalmente, na França e nas colônias americanas, todos inspirados pela filosofia liberal, enraizada em valores puramente individualistas, começaram a ganhar fôlego, tendo atingido seu ápice no século XVIII. A burguesia, já fortalecida economicamente, passou a lutar por uma maior participação na vida pública, reivindicando, assim, o reconhecimento dos primeiros direitos políticos, e, acima de tudo, propugnou a intervenção mínima do Estado na vida social, mormente nos negócios privados, repudiando qualquer tipo de limitação eventualmente imposta às liberdades públicas individuais dos cidadãos.

A concepção liberal, também apoiada em fundamentos teóricos do jusnaturalismo, tinha como fundamento central a valorização do indivíduo e o enfraquecimento do Estado, preconizando a separação dos poderes, a não intervenção estatal na propriedade privada e o respeito absoluto às liberdades individuais (liberdades negativas, na medida em que exigiam uma conduta de inação do Poder Público), uma vez que o ser humano por ser naturalmente livre e igual (igualdade formal) não precisava da ajuda dos organismos públicos para consecução de seus objetivos.

É fácil perceber que individualismo passou a imperar de tal forma “que no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima”³.

O Estado, de detentor de um poder absoluto corporificado na pessoa do monarca, passou a ser visto como um mero instrumento de conservação dos direitos individuais, principalmente da propriedade privada, cabendo-lhe apenas manter a ordem e a segurança dos indivíduos contra ameaças externas e nada mais que isso, sendo qualquer intervenção além desse limite considerada ilegítima.

O ideal proposto pela filosofia liberalista, inevitavelmente, serviu de mola propulsora para a confecção dos principais documentos jurídicos da época, fazendo com que as pretensões, inicialmente políticas, fossem positivadas como verdadeiros direitos e garantias dos indivíduos passíveis de serem opostos contra o Estado.

Nesse mesmo sentido, bem ilustrativa são as palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco⁴:

*“Essas ideias tiveram decisiva influência sobre as **Declarações de Direitos de Virgínia, de 1776**, e sobre a **Declaração francesa, de 1789**. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o **Bill of Rights de Virgínia (1776)**, quando se dá a **positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do***

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 275

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308

que normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente (grifo nosso).”

Esse momento de consagração jurídica dos direitos e garantias individuais da pessoa humana representa a primeira geração dos direitos fundamentais, constituindo um primeiro passo de uma caminhada longa e ainda inacabada.

Sem dúvida alguma a percepção individualista dos direitos fundamentais, imposta pela classe burguesa, contribuiu e muito para o avanço dos direitos fundamentais e para proteção da pessoa humana, na medida em que valorizou o indivíduo de forma tal como ainda não havia sido compreendido, ficando a ideia de que o homem é dotado de certos direitos inalienáveis, como a liberdade, que devem ser respeitados e concretizados.

Entretanto, logo se percebeu que os direitos fundamentais individuais tal como haviam sido concebidos não seriam capazes de atender a todas as peculiaridades humanas, vez que nem todos os indivíduos se encontravam nas mesmas condições de vida. Em verdade, enquanto um número muito pequeno consolidava-se e lograva atingir o pleno gozo de suas faculdades, outros sequer tinham acesso ao indispensável para sua sobrevivência.

A ideologia liberalista foi manipulada para justificar e proteger os privilégios obtidos pela burguesia, gerando acúmulo de riqueza e desigualdade social, tudo mascarado pela falsa premissa de que todos eram iguais e tinham as mesmas oportunidades. O discurso retórico de liberdade e igualdade para todos e o postulado de intervenção mínima do Estado criaram um ambiente propício para que os detentores do poder econômico pudessem explorar a massa proletariada, aumentando cada vez mais seu capital à custa do sacrifício alheio.

Com a vinda da industrialização essa desigualdade restou ainda mais evidenciada, posto que a falta de regulação do domínio econômico, em especial pela ausência de normas de trabalho, permitiu que os empregados das fábricas fossem submetidos a condições desumanas, tendo que suportar

uma excessiva carga horária de trabalho em troca de remunerações miseráveis.

O rastro de destruição deixado por toda Europa após o encerramento da 1ª Guerra Mundial também veio a contribuir para o colapso social, deixando claro que o modelo de Estado Mínimo, proposto pelo liberalismo, deveria ser substituído, já que a intervenção estatal era imprescindível para retomada do desenvolvimento e, principalmente, para corrigir os desníveis sociais.

Esse cenário social confirmou a falência do liberalismo, sobretudo no que tange ao argumento de que o Estado deveria assumir o mínimo de função possível. De fato, a atuação estatal, de desimportante, assumiu papel primordial no processo de reconstrução e de reequilíbrio das relações sociais, de modo que sua atuação, em diferentes setores, passou a ser vista como a única forma de se alcançar um estágio de vida em que todos os seres humanos pudessem ter acesso ao mínimo de condições materiais para subsistir dignamente.

Foi nesse sentido, que nos séculos XIX e XX, movimentos socialistas, protagonizados pelo proletariado, destacando-se a Revolução Russa, ocorrida em 1917, e a posterior formação do Estado Soviético, romperam em definitivo com os dogmas liberais e propuseram novos objetivos a serem perseguidos pelo Estado.

Sintetizando bem esse momento histórico de afirmação do Estado Social, Dalmo de Abreu Dallari⁵ leciona que:

“a Revolução Russa, de outubro de 1917, abrindo o caminho para o Estado Socialista, iria despertar a consciência do mundo para a necessidade de assegurar aos trabalhadores um nível de vida compatível com a dignidade humana. Surge, então, a consciência de que os

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210

indivíduos que não têm direitos a conservar são os que mais precisam do Estado.”

Nesse quadro, portanto, nasce o modelo de Estado Social de feição intervencionista, que não se limita apenas a abster-se de interferir na esfera individual. Ao contrário busca garantir, através da prestação dos mais variados serviços públicos, o bem-estar social dos indivíduos, ou seja, visa manter o *welfare state*.

Por outro lado, como conseqüência direta desses movimentos, surgem as primeiras Cartas Sociais, isto é, as primeiras Constituições que se dedicaram aos direitos sociais, criando um novo rol de direitos fundamentais destinados a atender os imperativos de justiça social, determinando aos respectivos Estados o cumprimento de prestações positivas em prol do indivíduo. Dentre as primeiras Constituições que contemplaram os direitos sociais, econômicos e culturais, deve-se destacar a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de alemã de *Weimar*, de 1919.

Nessa fase surge, então, segunda geração (ou dimensão) dos direitos fundamentais, “por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação coercitiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, **saúde**, educação, trabalho, lazer”⁶. Constituem, portanto, prestações estatais destinadas a viabilizar melhores condições de vida para o ser humano, principalmente para os mais debilitados. São direitos que, em última análise, visam dar concretude ao princípio da igualdade, já que buscam eliminar (ou ao menos amenizar) as desigualdades sociais, propiciando o pleno desenvolvimento dos indivíduos e o efetivo exercício da liberdade.

A ordem jurídica nacional não ficou imune ao entusiasmo socialista, tendo o Constituinte de 1934 caminhado nas mesmas pegadas deixadas pela nova ideologia, dando inegável realce à questão dos direitos sociais,

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310

estipulando um capítulo próprio para Ordem Econômica e Social, conforme salienta Luís Roberto Barroso⁷:

*“A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, e pelo corporativismo, continha inovações e virtudes. **Dedicou um título à Ordem Econômica e Social, iniciando a era da intervenção estatal [...] numa época de crescente antiliberalismo, em que as reivindicações eram muito mais econômicas e sociais que políticas.**” (grifo nosso).*

Desse modo, o tema referente aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, e notadamente as questões pertinentes ao direito à saúde, passaram a fazer parte da pauta jurídica nacional, suscitando diversos debates em torno de sua efetiva concretização.

2.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

O direito do homem à saúde, embora já tivesse sido de alguma forma, mesmo que singelamente, contemplado nas Constituições pretéritas, foi na Carta de 88 que esse direito social foi amplamente normativizado, fato este que decorre diretamente das opções políticas e valorativas adotadas pelo constituinte originário da época.

Com efeito, a *Lex Mater* de 1988 deixou bem claro que o principal objetivo colimado pela nova ordem jurídica, o qual deve servir de inspiração para a conduta de todos os poderes da república, traduz-se na manutenção de uma vida digna para todos os indivíduos, estabelecendo, expressamente, em seu art. 1º, Inciso III, a dignidade da pessoa humana como axioma fundamental da República Federativa do Brasil.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20 - 21

Impregnado por esses valores, o constituinte estabeleceu, no Título II, da CRFB de 1988, o qual trata dos *direitos e garantias fundamentais*, um verdadeiro núcleo jurídico de proteção da pessoa humana, composto por posições jurídicas passíveis de serem opostas ao Estado, que por sua vez fica vinculado a adoção de diferentes comportamentos para sua realização, seja por meio de condutas negativas, seja por meio de ações positivas consistente na implementação de políticas públicas indispensáveis às suas concretizações no mundo fático, tudo isso a fim de ensejar o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas e o fortalecimento da democracia.

Nesse mesmo sentido, José Afonso aduz que: no “qualitativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁸. Já renomada jurista Ana Paula de Barcellos também não destoa deste entendimento, ao salientar que: “de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado”.⁹

O referido Título encontra-se subdividido em cinco Capítulos, devendo-se atentar para o Capítulo II, inaugurado pelo artigo 6º, onde estão consagrados genericamente e exemplificativamente alguns dos direitos sociais, econômicos e culturais indispensáveis para o ser humano, cuja satisfação incumbe, prioritariamente, ao do Poder Público, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 176 *apud* EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009, p. 59

⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.mundojuri.dico.adv.br/sis_a_rtigos/artigos.a_sp?co_d_i_go=50>. Acesso em: 20 de abr de 2011, p. 9.

*assistência os desamparados, na forma desta
Constituição. (grifo nosso)*¹⁰

Como se pode facilmente observar, o art. 6º faz expressa menção ao direito à saúde, inserindo-o no elenco dos direitos sociais erigidos pelo poder constituinte como fundamental para o alcance de uma vida digna, o que é facilmente justificável, vez que a dignidade do homem pressupõe que sua integridade físico-mental seja mantida hígida, porquanto só assim ele poderá progredir socialmente, atingir a plena cidadania e, assim, integrar-se no diálogo democrático, contribuindo diretamente para o aprimoramento das instituições estatais.

Cabe, aqui, fazer a ressalva de que não foi à toa que a Lei Fundamental previu os direitos sociais, topologicamente, no mesmo Título dedicado aos direitos e deveres coletivos individuais fundamentais. Desta opção normativa, ressaí a inequívoca intenção do constituinte em dar tratamento idêntico aos sobreditos direitos, impedindo qualquer diferenciação de relevância entre eles, tendo inclusive dotado-os de aplicação imediata, consoante imposição do art. 5º, § 1º, da CRFB/88.

O direito à saúde, extremamente valioso ao ser humano, eis que indissociavelmente ligado ao direito à vida, não está previsto somente no art. 6º da CRFB, podendo-se encontrar inúmeros dispositivos esparsos pelo texto constitucional que dão ênfase ao direito em tela, notadamente os artigos 196 a 200 inseridos na Seção II – *Da Saúde* -, do Capítulo II – *Da Seguridade Social* -, do Título VIII – *Da Ordem Social* – da Constituição de 1988.

Cumprе ressaltar que o direito fundamental sob foco possui dimensão extremamente ampla, não se restringindo apenas ao tratamento de doenças, porquanto outros fatores externos, de igual modo, devem ser levados em consideração para sua plena efetivação, o que obriga o Estado à adoção de

¹⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Senado, 1988.

políticas sanitárias e ambientais aptas a manter o bem-estar físico dos seus cidadãos.

Pois bem. Analisando a textura normativa da Carta da República, verifica-se que dentre as disposições dedicadas à saúde, a que logo se destaca, por exercer uma espécie de papel de eixo central em torno do qual gravitam as demais normas relacionadas ao tema, é aquela constante do art. 196, cujo conteúdo é o seguinte:

Art. 196. *A saúde é **direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso).¹¹*

Já o artigo 197 dispõe: “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros”.¹²

Por seu turno, traçando as diretrizes básicas do Sistema Único de Saúde, o art. 198 aduz que:

Art. 198. *As ações e serviços de públicos de saúde integram uma rede **regionalizada e hierarquizada** e constituem um **sistema único**, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – **descentralização**, com direção única em cada esfera de governo; II - **atendimento integral**, com **prioridade para as atividades***

¹¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹² Ibid.

preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade; (grifo nosso)¹³

Além das normas acima enunciadas, visando dar maior efetividade às opções políticas acima enunciadas, o poder constituinte, ao traçar o sistema de repartição de competência dos entes federados, estabeleceu, em seu art. 23, inciso II, ser “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde”, enquanto que no art. 24, inciso XII, anunciou competir “à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde”¹⁴.

A propósito, conforme jurisprudência predominante no E. STJ, “o art. 196 da CRFB não faz distinção de esferas administrativas, sendo dever do Estado, *latu sensu*, ou seja, União, Estados-membros e Municípios assegurar o direito à saúde”¹⁵ aos cidadãos, cuida-se de típica responsabilidade solidária dos entes políticos, de modo que todos eles são legitimados para figurar em demandas judiciais que visem ao atendimento de prestações de saúde.

Cumprir registrar, ainda, que a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de agosto de 2000, com o escopo de dar mais concretude aos comandos emanados das normas constitucionais originárias, “consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para saúde”¹⁶.

Verifica-se, assim, que o direito à saúde representa um direito público subjetivo essencial do cidadão voltado contra o Estado (União, Estados, DF e

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp 1163188/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 15.06.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10328341&sReg=200902114289&sData=20100623&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 05 de mai de 2011.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6_1_0254>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

Municípios), que por outro lado, está encarregado do dever de prestá-lo da maneira mais eficiente, por intermédio do implemento de políticas sociais e econômicas que sejam capazes de assegurar o acesso universal e igualitário aos mais variados serviços médicos, que vão desde o fornecimento de medicamentos ao oferecimento de leitos hospitalares.

Entretanto, infelizmente ainda existe um notável abismo entre a previsão constitucional e a efetiva concretização do direito à saúde. A realidade vivida pela população brasileira demonstra claramente que os serviços públicos destinados a promoção daquele direito não conseguem, muita das vezes, nem atender às expectativas mais básicas dos cidadãos, gerando uma sensação de “insinceridade normativa”¹⁷, o que acaba por comprometer a máxima efetividade das normas constitucionais.

Por outro lado, este quadro também tem implicado em um aumento exponencial de demandas judiciais tendo por objetivo compelir o Estado ao fornecimento das mais variadas prestações médicas, como exemplo, internações em unidades de tratamento intensivo e a disponibilização de medicamentos, o que tem ensejado o surgimento do fenômeno da “judicialização do direito à saúde”.

Nesse contexto, o grande desafio do constitucionalismo contemporâneo é, sem dúvida alguma, conseguir reproduzir concretamente na vida dos cidadãos a plena efetividade do direito à saúde assegurada na Carta Magna, por intermédio de uma leitura mais construtiva das normas constitucionais.

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS SOCIAIS

3.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS NOVOS PARADIGMAS

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59

Partindo das premissas que até aqui foram expostas, depreende-se que a positivação do direito à saúde esta inserido em conjunto de várias opções político-valorativas, que buscam constituir uma sociedade livre, justa e solidária, preocupada com o bem de todos e, especialmente com promoção da dignidade da pessoa humana em suas mais variáveis manifestações – art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental.

Outras opções, também de relevo, foram expressamente eleitas, a fim de se conferir maior normatividade aos comandos constitucionais - sobretudo aqueles que veiculam direitos fundamentais – art. 5, §1º -, e de se preservar a superioridade e a estabilidade de suas disposições frente às possíveis oscilações institucionais futuras – art. 60, §1º e §4º, da CRFB, sem contar ainda a disseminação por todo seu texto de vários princípios norteadores dos outros ramos jurídicos, traçando, assim, a diretriz ideológica de todo sistema jurídico.

Todas essas circunstâncias, em verdade, denunciam um novo momento vivido pela experiência constitucional brasileira, o qual se convencionou denominar de (neo)constitucionalismo.

Luiz Roberto Barroso, com muita propriedade, define tal fenômeno da seguinte maneira:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao logo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do direito à ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da

jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.(grifo nosso)¹⁸.

Deduz-se das palavras do renomado autor que, estamos diante de um fenômeno complexo, pois dotado de várias implicações, e abrangente, uma vez que reflete em toda organização político-normativa do Estado, na medida em que as suas bases jurídicas passam a ser encaradas de outra forma.

Dentre as premissas ideológicas trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo, avulta em importância para o presente estudo compreendermos a: a reaproximação do direito aos valores éticos - normalmente reintroduzidos na pauta jurídica por intermédio das normas-princípios; o reconhecimento da força normativa e da superioridade da Constituição; e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional.

3.1.1. O Pós-positivismo, a Reaproximação do Direito aos Valores Éticos e a Teoria dos Princípios

O positivismo clássico, proposto por Kelsen¹⁹, por longos anos dominou a ideologia jurídica e serviu de base justificadora para a validade do Direito. Durante este período não se perquiria da legitimidade substancial da norma, uma vez que esta valia por si mesma, bastando que fosse produzida segundo os parâmetros formais estabelecido pela norma fundamental.

Nesta perspectiva, a norma jurídica continha em seu relato tudo que lhe era necessário para produzir efeito, constituindo-se em uma verdadeira dimensão autônoma (dever ser) da realidade social que lhe era subjacente (ser), o que fez com que o Direito deixasse de cumprir o seu principal

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 10 mai 2011, p. 6.

¹⁹ Hans Kelsen foi, sem dúvida alguma, o maior precursor do positivismo jurídico clássico, destacando-se na comunidade jurídica com a elaboração da obra Teoria Pura do Direito.

desiderato que é o de proteger os valores consagrados pela sociedade, tendo, até mesmo, sido utilizado como instrumento de violação desses valores.

Contudo, este espectro legalista foi superado por uma avalanche de críticas apresentadas pelo movimento pós-positivista, sobretudo a de que o Direito, como produto do meio social, não pode desvincular-se dos valores nele inserido, sob pena de se tornar uma ciência estéril. Esse novo modelo proposto “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.²⁰

Como consequência imediata disso, a reflexão acerca de uma justiça substancial, pautada por axiomas éticos e filosóficos, passou a fazer parte indissociável dos textos jurídicos, sendo utilizada como um critério de aferição de validade de suas normas e de orientação na sua aplicação.

Foi neste cenário, que a teoria dos princípios jurídicos ganhou destaque, na medida em que a introdução desses valores na dimensão jurídica não seria possível senão através de um elemento normativo novo de feição expandida e de significados vagos e abrangentes – exemplo disso é a dignidade humana –, porquanto as normas-regras não conseguiriam exprimir todo o conteúdo emanado daqueles valores em suas molduras convencionais, que se caracterizam por terem um relato mais preciso, porém restritivo da realidade.

Em outras palavras, pode-se dizer que os valores consagrados por determinada comunidade ganharam *status* de verdadeira norma jurídica sob a roupagem de princípios jurídicos. Nessa linha, Barroso aduz que: “no ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico”²¹.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em 10 maio 2011, p. 3.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 318.

Segundo as lições de Alexy²², expoente desta teoria, princípios são: “mandatos de otimização, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida praticável, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.”

Dessa forma, ao intérprete incumbirá o maior esforço possível para se desvendar o significado trazido pela norma-princípio, de modo a atingir o fim nele idealizado da maneira mais produtiva possível, especialmente quando versarem sobre aspectos inerentes à dignidade da pessoa humana, como, inclusive, são os direitos sociais.

A propósito, impõe-se trazer à baila a advertência feita por Celso Antônio Bandeira de Mello²³:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção de um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão aos seus valores fundamentais.”
(grifo nosso)

Hodiernamente, os princípios, além de exercerem a função integradora da ordem jurídica, servem como disposições autônomas passíveis de incidir sobre determinada situação fática independentemente da existência de norma regulamentadora, dando mais suporte à atuação jurisdicional na solidificação dos objetivos almejados pelo Estado Constitucional Democrático e Social, que inevitavelmente passa pela efetivação do direito à saúde.

²² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 84-85 apud EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Interpretação Constitucional**. vol. XLVIII, nº 1 e 2. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, p. 365.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 630

3.1.2. O Reconhecimento da Força Normativa e da Superioridade da Constituição

As normas constitucionais, assim como todas as normas jurídicas, são dotadas de imperatividade. Entretanto, tal assertiva, embora parecesse óbvia, foi negligenciada por muito tempo. Havia um total desapego à Lei Maior entranhado na consciência jurídica.

O reconhecimento desse atributo das normas constitucionais deu seus primeiros sinais a partir do advento da Constituição de 1988, todavia, esta mudança ainda continua em curso, visto que até os dias de hoje, ainda que timidamente, enfrenta resquícios de resistência por parte de alguns que de alguma forma tiveram seus interesses prejudicados. Não obstante isso, a aversão ainda constatada não parece apresentar força suficiente para reverter essa evolução.

A respeito do tema, elucidativas são as palavras de Daniel Sarmento²⁴:

*“O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um **repositório de promessas grandiloqüentes**, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as*

²⁴ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição.** Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 31-32 *apud* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 12. ed., Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 24-25

proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.”

Nesse novo cenário, os cidadãos passaram a depositar mais confiança no texto constitucional e a reivindicar dos Poderes Públicos a concretização dos direitos por ele consagrados, o que gerou um expressivo aumentando das demandas judiciais, notadamente em face do Estado.

Por conseguinte, a atividade judicante, principalmente no que tange à efetivação dos direitos sociais, assumiu – e tinha que assumir - novos contornos, uma vez que diante da possibilidade de aplicação direta e imediata dos preceitos constitucionais, os juízes puderam assumir uma postura mais contundente na concretização dos direitos prestacionais, uma vez que não estão mais dependentes do alvedrio dos outros poderes, podendo fundamentar suas decisões diretamente nos dispositivos da Lei Maior.

Já a superioridade da Constituição decorre de sua rigidez, porquanto diferente das demais normas que compõem o sistema, cuja alteração ocorre por um processo legislativo mais simples, as normas constitucionais só podem ser modificadas mediante um processo mais solene e dificultoso, o que as coloca no patamar mais elevado da pirâmide normativa.

Decorrência lógica disso, é que todas as leis inferiores e os atos do poder público em geral buscam seu fundamento de validade no próprio texto constitucional, devendo, portanto, estar em perfeita sintonia com valores nele estampado, sob pena de poderem ser acoimados de inconstitucionalidade e extirpados do mundo jurídico.

Desse modo, qualquer ato emanado do Poder Público que venha frustrar a efetivação dos direitos sociais, sobretudo o direito à saúde, pode ser invalidado pelo Poder Judiciário, inclusive omissões poder ser contornadas através de provimentos judiciais de natureza aditiva.

É de se notar, ainda, que o princípio da superioridade serve de instrumento de conservação do núcleo dos direitos fundamentais, na medida em que os protege de variações ideológicas movidas por emoções

momentâneas, assim como de atos legislativos ou até mesmo administrativos que importem em eventual retrocesso ao patamar de garantia já alcançando.

3.1.3. A Nova Hermenêutica Constitucional e a Ponderação Jurídica

Em consequência das premissas acima enunciadas, notadamente a positivação dos princípios, a hermenêutica jurídica também teve que seguir novos rumos, uma vez que o modelo tradicional não seria capaz de fazer frente aos novos desafios. Com efeito, os princípios jurídicos, compreendidos como mandatos de otimização, que carregam os valores consagrados pela sociedade para dentro da ordem jurídica, apresentam uma estrutura normativa mais aberta e de menos precisão, o que demanda uma interpretação construtiva e mais envolvente por parte dos operadores do direito.

Na interpretação das regras clássicas, o intérprete vale-se da subsunção, que consiste em um processo muito mais simples e prático de adequação da norma aos fatos da vida. Nessa modalidade, não há tanto espaço para valoração, o aplicador do direito se detém a investigar no ordenamento jurídico qual a regra que contempla a espécie fática sob exame, extraindo de seu texto as consequências jurídicas pertinentes.

Por outro lado, na aplicação de um princípio jurídico, dada a abstração de seu conteúdo, o intérprete terá que desenvolver uma atividade racional bem mais complexa do que aquela desenvolvida no processo subsuntivo. Aqui, terá ele que se envolver diretamente na elaboração do sentido da norma, valendo-se, para tanto, de todos os aspectos que cercam a situação fática apreciada, assim como a conjuntura social.

Com isso, ao invés de apenas declarar o que está no texto legal, “o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito,

completando o trabalho do constituinte e do legislador, ao fazer valorações de sentido e ao realizar as escolhas entre as soluções possíveis”.²⁵

Cabe notar que é nesse novo terreno que floresce a nova ferramenta hermenêutica: a *ponderação*. Nos casos de conflito entre regras jurídicas recorria-se aos critérios da hierarquia, da especialidade ou da temporalidade. Contudo, estes se demonstraram falhos para solução de eventual choque entre princípios jurídicos constitucionais – assim como nos casos de normas originárias de direito fundamental, pelo simples fato de não haver hierarquia, especialidade ou precedência temporal entre eles, fazendo-se necessário, portanto, que se apelasse para outro meio, o da ponderação.

Aqui, a solução só é encontrada após uma equação complexa dos interesses conflitantes. O intérprete, com amparo no princípio constitucional da proporcionalidade, terá que sopesar todas as peculiaridades do caso, de modo a encontrar solução que preserve a eficácia das normas em conflito, caso não consiga, deverá optar pela saída que se revele mais vantajosa em com o mínimo de sacrifício possível ao princípio preterido.

Com amplificação do seu campo de atuação, em virtude da elasticidade substancial dos princípios jurídicos e de sua abrangência, os tribunais da federação passaram enxergar a questão dos direitos sociais sob o prisma do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, dando-lhes tratamento diferenciado e mais efetividade, o que inevitavelmente também repercutiu sobre o direito à saúde.

Nesse novo contexto, uma das mudanças que mais se sobressaiu foi o novo tratamento hermenêutico conferido pelo judiciário às normas constitucionais programáticas, que antes eram consideradas como comandos normativos sem aptidão para gerar efeito de imediato, muito embora trouxessem em seu texto enunciados principiológicos nitidamente relacionados ao objetivo fundamental da República: a dignidade da pessoa humana.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 310.

3.2 O DILEMA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: NORMAS PROGRAMÁTICAS GERAM DIREITO SUBJETIVO?

Como se viu, o direito à saúde encontra-se consagrado na Carta Política, de 5 de outubro de 1988, como um direito fundamental da pessoa humana, dotado de aplicabilidade imediata, consoante art. 5, § 1º da CRFB. Não obstante isso, hodiernamente ainda existe uma enorme dificuldade de materialização desse direito, o que contribuindo para o adiamento da realização dos planos traçados no texto constitucional.

Nesse terreno, uma das grandes barreiras impostas à concretização dos direitos sociais em sede judicial, bem como do direito à saúde, está na forma com que são estruturados os aspectos normativos dos comandos constitucionais que os consagram, gerando inúmeros debates em torno da capacidade deles serem, ou não, aplicáveis de imediato, isto é, se são hábeis a criar direitos subjetivos passíveis de serem, prontamente, reclamados do Estado.

Entra-se, aqui, na questão da eficácia das normas constitucionais, sobretudo naquelas que delineiam direitos sociais em sua dimensão positiva que têm por objeto prestações estatais. Desse modo, por questão lógica, impende-se definir o que seria “eficácia”, e para isso valemo-nos da pedagógica lição de Roberto Barroso²⁶, para quem:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficiência jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus feitos típicos, ao regular, desde logo, as

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83

situações, relações e comportamentos nela indicados;
nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade,
exigibilidade ou executoriedade da norma (grifo nosso).

Como se vê, a eficácia jurídica da norma está relacionada com a sua capacidade de produzir, imediatamente a sua entrada em vigor, os efeitos previstos em seu texto sobre a situação fática regulada, de modo a criar direitos e deveres passíveis de serem desde logo exercitados. E foi com base nesse aspecto das normas constitucionais que inúmeras classificações foram criadas em sede doutrinária.

José Afonso, ao analisar tal atributo, criou a clássica classificação de normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida, mas de aplicabilidade imediata e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, sendo estas ainda subdivididas em normas definidoras de princípio institutivo e *definidoras de princípios programáticos*.

Para o referido autor as normas da primeira categoria são “aquelas que desde o momento em que passam a vigorar produzem, ou têm o potencial de produzir, seus efeitos substanciais, pois possuem normatividade suficiente para isso.”²⁷ As da segunda também têm o potencial de produzir todos efeitos, “contudo, na sua disposição estão previstos conceitos ou meios que contêm sua eficácia em certos limites, dadas determinadas circunstâncias.”²⁸

Por fim, as normas da terceira categoria, “são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de complementar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema.”²⁹

²⁷ EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009, p. 78

²⁸ Ibid. p. 78.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 92

De outro lado, Roberto Barroso, partindo da ideia de que as normas constitucionais têm por objetivos precípuos organizar o exercício do poder político, definir os direitos fundamentais do homem e traçar as metas a serem alcançadas pelo Poder Público, sistematizou-as em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e, por último, normas constitucionais programáticas.

Não é propósito deste estudo esgotar toda a vastidão do tema referente à classificação das normas constitucionais, no entanto, dada a sua relevância para o presente trabalho, dedicar-se-á um pouco mais de atenção aos aspectos inerentes às normas programáticas, uma vez que é muito comum – ou até mesmo intuitivo – traçarem uma relação entre estas e os direitos sociais.

No entanto, cumpre, desde logo, advertir que “nem toda norma constitucional programática versa sobre direito social e nem todo direito social está positivado na Constituição como norma programática”³⁰.

Pois bem. Tratando das normas programáticas, o insigne doutrinador Ingo Wolfgang pontifica que:

*“uma característica comum destas normas é que possuem uma **insuficiente normatividade para alcançarem plena eficácia, pois são normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador.**”⁸¹*

³⁰ ³⁰ EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009, p. 96

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 254-321 *apud* EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009, p. 91

Com efeito, os direitos sociais, em sua perspectiva mais conhecida, têm por objeto prestações positivas estatais, cuja concretização se dá através do implemento progressivo de políticas públicas voltadas a este fim, as quais, por sua vez, emanam, na grande maioria das vezes, de preceitos constitucionais dotados de elementos textuais que denunciam sua índole programática, razão pela qual ser banal a correlação entre um e outro, isto é, entre normas programáticas e os direitos sociais.

O grande problema desta correlação reside no fato de que as normas programáticas são consideradas pela doutrina tradicional como normas de aplicabilidade diferida, as quais se limitam a planejar programas e fins públicos que deverão ser realizados por uma atividade estatal futura cujo desempenho fica a depender de uma série de fatores sociais e econômicos, o que acaba comprometendo a plena satisfação dos direitos fundamentais prestacionais.

É inegável que em razão do objeto, os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, necessariamente acabam recebendo um tratamento normativo que os diferencia dos demais direitos fundamentais, sendo enunciados com conteúdo mais aberto e com menos precisão.

Todavia, visa-se com isso dar maior efetividade ao sistema de direitos fundamentais insculpido no texto constitucional, dando-se ao legislador maior liberdade de conformação, para que possa adaptar a ordem jurídica às variações fáticas, alterando o sentido e alcance da norma quando necessário, enquanto que ao administrador é conferido um campo de discricionariedade, onde poderá eleger dentre as várias ações possíveis aquela que julgar mais eficaz para se atingir o melhor resultado para os administrados.

A nova dogmática jurídica exige do intérprete o dever aplicar todo o seu esforço no momento de aplicação da norma, buscando dar-lhe sentido que alcance a sua máxima efetividade, mesmo que a falta de precisão de seu texto não lhe ajude. Em outras palavras, não serão meras dificuldades semânticas contidas no escrito legal que servirão de pretexto para frustração dos fins colimados pela ordem jurídica.

Impõe-se acentuar, ainda, o fato de que, por vezes, normas tidas por programáticas cumprem a relevante missão de enunciarem princípios jurídicos, os quais devem orientar toda atividade pública, seja judicial, legiferante ou administrativa, de modo que a sua inobservância, inevitavelmente, acarretará a silenciosa corrosão das vigas mestras que sustentam todo o edifício normativo constitucional.

Entretanto, mesmo com todos esses argumentos a favor, durante longos anos reinou uma perspectiva equivocada a respeito daquelas normas, sendo indevidamente adiada a concretização das obras nelas arquitetadas, comprometendo sobremaneira toda estrutura normativa constitucional, causando a impressão nos que dela mais precisam que seu texto não passa de letra morta.

De fato, o descaso do Poder Público gerou a terrível - e ao mesmo tempo conveniente - ideia de que as normas programáticas, por não terem normatividade suficiente, seriam incapazes de gerar para os indivíduos direitos subjetivos aptos de serem acionados em sede judicial, ficando sua efetividade à mercê da discricionariedade dos outros poderes.

Tal panorama, sem dúvida alguma, gera uma odiosa distorção jurídico-social, pois enquanto “alguns conseguem um lugar sob o sol da proteção constitucional direta. A maioria fica sob o sereno das normas programáticas, as que prometem saúde, cultura e terceira idade tranquila. Mas só quando for possível”³².

Infelizmente, o direito à saúde também não conseguiu escapar desse comodismo, porquanto se sustentava que o art. 196 da CRFB, ao aduzir que a saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas*, cuidou apenas de traçar as diretrizes básicas a serem observadas pelo Poder Público, sem que se pudesse extrair da citada norma

³² SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Heremênutica de Direitos Fundamentais: Uma Proposta Constitucional Adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.102 *apud* Gustavo Rabay Guerra. **A Concretização Judicial dos Direitos Sociais, Seus Abismos Gnoseológicos e a Reserva do Possível: Por Uma Dinâmica Teórica-dogmática do Constitucionalismo Social**. Disponível em < <http://www.mp.gov.br/porta/web/hp/2/docs/concretizacaodosdireitossociais.pdf>>. Acesso em 09 de mai de 2011. p. 8.

uma relação obrigacional entre indivíduo e Estado, cuja prestação – saúde – não poderia ser imediatamente exigida caso ficasse caracterizado o seu descumprimento.

É de se reconhecer que o citado dispositivo contém redação que suscita dúvida quanto a sua real natureza, como bem observa Barroso³³: “a dicção ambígua do art. 196, que faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática, produziu vasta discussão jurisprudencial.

Contudo, como já foi dito, esta opção normativa tem por fim dar maior flexibilidade de atuação – ou seja, pressupõe conduta ativa – aos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração das políticas de saúde pública, e não servir como justificativa para negação de direitos.

Atualmente, como não poderia deixar ser, este modo de enxergar as coisas mudou radicalmente, e mudou para melhor, tomando rumos mais consentâneos com as premissas ideológicas trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo, no sentido de que as normas constitucionais, bem como seus princípios são dotadas de plena normatividade e superioridade hierárquica, merecendo, portanto, total obediência.

Desse modo, todos os Poderes devem estar imbuídos dos valores consagrados no texto de Nossa Carta Magna e, sobretudo comprometidos com a realização dos fins por ela almejados, que em última análise convergem todos para o alcance da dignidade da pessoa humana – art. 1, inciso III, da CRFB - e para plena efetivação dos direitos fundamentais – art. 5, § 1º, da CRFB.

Nos tempos atuais já não mais se acolhe o sofismo de que as normas constitucionais programáticas constituem meras promessas destituídas de imperatividade. Essa linha de interpretação, inclusive, encontra-se ultrapassada pela jurisprudência dominante em nossas Cortes Supremas, consoante se vê do trecho dos votos a seguir colacionados:

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110

“O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os agentes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (grifo nosso)³⁴

“A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. [...] crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. [...] Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. [...] olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE-AgR nº 271286-8/RS, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 24.11.2000. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2EENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2EENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 09 de mai de 2011.

reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial” (grifo nosso)³⁵

Com essa alteração de posicionamento, o direito à saúde passou a ser visto como um verdadeiro direito subjetivo do cidadão passível de ser cobrado pela via judicial, caso o Estado se mostre inerte no cumprimento do seu dever constitucional. A redação do art. 196, da CRFB, inclusive realça esse aspecto ao proclamar que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Note-se, porém, que não está a se falar que existe um direito absoluto de exigir do Estado, inclusive judicialmente, qualquer tipo de serviço de saúde, o que hodiernamente não se concebe, vez que é assente a premissa de que não existe nenhum direito de contornos absoluto. Em verdade, afirma-se a existência um direito público e subjetivo à implantação de políticas públicas que sejam capazes de assegurar condições mínimas de bem-estar aos indivíduos.

Assim sendo, tem-se que a questão não pode ser vista de maneira radical, deve-se buscar um equilíbrio, pois, se é verdade que as normas programáticas possuem uma peculiar normatividade que dificulta a extração do seu real sentido e alcance, menos verdade não é que a perigosa afirmação que as mesmas não são capazes de gerar direitos subjetivos coloca em risco toda a estrutura constitucional e os planos elaborados pelo poder constituinte, o que também não pode ser aceito.

4. A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE E SUAS CONTROVÉRSIAS

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 811608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 04.06.2007, p. 314. Disponível em: http://www.sj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=811608&&b=ACOR&p=t_rue&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 09 de mai de 2011.

4.1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Na era do constitucionalismo contemporâneo o sentimento de cidadania reascendeu no espírito dos cidadãos brasileiros, o interesse pela política e a consciência jurídica sobre seus direitos vem se fortalecendo progressivamente, esta última constatação se faz sentir no aumento expressivo do número de demandas judiciais propostas. Sem sombra de dúvida, neste novo cenário, os serviços públicos, em especial os de saúde, tem sido um dos grandes alvos de insatisfação popular, fazendo com que inúmeras questões envolvendo as políticas públicas sejam decididas nas vias processuais.

Além disso, a desconfiança em face dos projetos governamentais adotados pelo Poder Executivo e a falta de credibilidade nas Casas Legislativas, fazem com que a população brasileira deposite suas últimas esperanças na figura do Juiz, levando a seu conhecimento todos os tipos de pretensão frustradas, muitas delas legítimas, outras nem tanto, mas todas elas fruto de uma debilidade político-jurídica que marca a atual época.

Por sua vez, o Poder Judiciário, contando com maior prestígio e, principalmente, com mais subsídios jurídicos, uma vez que restou reconhecida a força normativa das disposições constitucionais e dos seus princípios – os quais, como se viu, admitem uma interpretação mais construtiva -, se viu praticamente obrigado a exercer um papel mais decisivo nos rumos do Estado Democrático de Direito, em especial na efetivação dos projetos de justiça social estabelecido pelo Estado Social, gerando, assim, a *judicialização dos direitos sociais*, sobretudo do direito à saúde.

Segundo Barroso: “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social, ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”³⁶. O crescimento desse fenômeno vem suscitando infindáveis debates em torno dos limites democráticos da intervenção judicial

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.Lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 11 mai de 2011. p. 6.

na efetivação do direito à saúde, face ao princípio da separação de poderes e das cláusulas da reserva do possível e do mínimo existencial, o que se passa a abordar.

4.2. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Como já adiantado, o princípio da separação de poderes, sedimentado no artigo 2º da Lei Suprema³⁷, é um dos principais fundamentos levantados contra a intervenção judicial no implemento de políticas públicas relacionadas ao direito de saúde, uma vez que a Constituição teria atribuído aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, de representação política, a incumbência de formular e executar tal tarefa.

Entretanto, aqueles que sustentam tal fundamento partem de uma interpretação demasiadamente formalista e retrógrada da precitada cláusula de contenção de poder, atribuindo-lhe sentido distanciado da realidade jurídico-institucional brasileira atual.

Não se pode perder de mira o fato de que a teoria da separação de poderes, em sua formulação inicial desenvolvida pelo filósofo Montesquieu, fora criada em um cenário político-social bem diverso da realidade que ora se apresenta, o que inviabiliza a sua aplicação nos tempos modernos sem que antes se faça as devidas atualizações.

De fato, quando do seu surgimento ela tinha por finalidade precípua limitar o poder do Monarca de modo a proteger as liberdades individuais dos cidadãos contra os atos tiranos e arbitrários do governante. À época, o dogma da separação de poderes, impregnado pela ideologia liberal reinante, servira de instrumento adequado para proteção dos direitos individuais de defesa, tendo-

³⁷ CRFB, de 88, Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

se com ela logrado implantar o modelo de Estado Mínimo, caracterizado por sua não interferência nas relações sociais dos indivíduos.

Sucedo que, consoante restou retratado, com a evolução da sociedade as necessidades humanas cresceram e se diversificaram, impondo ao Estado a adoção de uma estrutura muito mais complexa e dinâmica, que fosse capaz de atender satisfatoriamente às novas demandas sociais, que, além do respeito às liberdades individuais, exigiam a prestação de variados serviços públicos destinados a assegurar condições materiais para própria sobrevivência do homem.

Dessa forma, diante desse novo quadro, o antigo modelo rígido de separação de poderes, por necessidades óbvias, teve que ser superado por um novo esquema organizacional mais eclético, onde as fronteiras fixas entre os Poderes fossem relativizadas e o diálogo institucional aprimorado, dando maior flexibilidade à atuação da máquina pública e, por conseguinte, gerando maior eficiência na prestação estatal.

Na realidade, verifica-se que a cláusula da separação de poderes nunca se justificou por si, sempre teve um caráter instrumental com relação à efetivação dos direitos fundamentais. Por isso, que, em um primeiro momento, revelou-se necessária a adoção de uma interpretação mais rígida, já que a preocupação central era com os direitos de defesa. Contudo, ampliado o rol dos direitos fundamentais com a inserção dos direitos de segunda geração, mister se faz uma releitura do instituto, no sentido de adequá-lo às peculiaridades dos direitos sociais, os quais exigem uma atuação mais ativa e complexa do Estado, preservando-se, assim, a lógica que sempre esteve presente por detrás da referida cláusula: o princípio da separação de poderes serve aos direitos fundamentais, e não o contrário.

Nessa trilha, Barcellos aduz que “é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora ele tenha se

transformado em um princípio de fundamental importância para organização do Estado Moderno.³⁸

Hodiernamente, o que se vê é uma verdadeira relação de interatividade entre os Poderes da República, baseada no sistema de freio e contrapesos, onde as raias de competência não são mais vista de maneira rígida, dando-se significativo realce à questão da máxima efetividade dos direitos fundamentais e a realização plena da dignidade da pessoa humana, e não mais a aspectos organizacionais, de cunho meramente formal. Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Min. Humberto Martins, consoante se depreende do trecho de seu voto, prolatado no julgamento do AgRg no Resp 1136549/RS³⁹:

“pode-se frisar que o velho dogma da separação dos Poderes tem se modernizado e flexibilizado nos mais variados sistemas jurídicos. Exemplos disso são as chamadas “sentenças aditivas”, proferidas pelas cortes constitucionais, principalmente na Europa, onde se cria uma forma de legislação judicial tendente a suprir as lacunas legais que impedem a realização de direitos fundamentais.”

Dessa forma, vê-se que “são amplos os espaços de interseção e fricção entre o Judiciário e os outros dois Poderes, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações”⁴⁰.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp nº 1136549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 04.06.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLn=ATC&sSeq=10261011&sReg=200900766912&sData=20100621&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 de mai de 2011, p. 4.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 386

Entretanto, a polêmica atual gira em torno da possibilidade de mitigação do Princípio Democrático - todo poder emana do povo, que o exerce através dos seus representantes – por atuação de um Poder constituído sem participação popular direta.

É claro que em um Estado Democrático de Direito⁴¹ como o nosso, o planejamento, a organização, a formulação e a execução de políticas públicas de saúde, em regra, devem ser efetuadas no âmbito do processo político majoritário realizado pelos representantes eleitos e legitimados pelo voto popular. Nesses termos, incumbe, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo decidirem acerca das políticas públicas a serem dispensadas à população, vez que, em tese, suas decisões tem maior chance de coincidirem com os anseios popular.

Reconhece-se que, além da preservação da estrutura democrática do país, fatores outros também recomendam que a implantação de qualquer ação pública destinada a concretizar o direito à saúde seja levada a efeito pelos órgãos políticos, porquanto possuem uma visão muito mais ampla das reais necessidades públicas e dos recursos financeiros disponíveis, sem contar ainda o acesso a informações técnicas, que nem sempre estão à disposição dos magistrados no momento de realizar a justiça concreta.

Por tais razões é que se acredita ser mais provável que, com base nesses elementos, os órgãos políticos possam tomar as decisões que sejam mais efetivas, materializando os direitos fundamentais sociais em uma dimensão abrangente, atingindo um elevado número de pessoas com menor dispêndio econômico para os cofres público.

Não obstante isso, o intérprete não pode se precipitar a ponto de concluir que o processo político estaria completamente imune ao controle jurídico, o que não se coaduna com a estrutura do Estado de Direito Constitucional, onde os governantes devem ter respeito aos fins estipulados pela Lei Maior. A Constituição não concedeu uma liberdade absoluta aos

⁴¹ CRFB, de 88, art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

órgãos representativos, ao contrário elegeu prioridades que devem ser observadas, consagrando valores e opções políticas que devem guiar a conduta de todos os agentes estatais, inclusive a dos detentores de mandato eletivo.

Tratando desse tema, pertinentes são as lições da Ana Paula de Barcellos:⁴²

*“Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. **Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.**” (grifo nosso)*

Dessa forma, verificado o desatendimento dessas prioridades, autoriza-se o Judiciário, em caráter excepcional, intervir para salvaguardar eventual direito fundamental lesionado, tendo em vista o fato de também possuir sua parcela de responsabilidade política dentro de um Estado Democrático de Direito, sendo sua tarefa velar pelo cumprimento das disposições constitucionais.

Ademais, o fato de o Poder Judiciário não ser composto pelo sistema eletivo-majoritário não lhe retira por completo a legitimidade de participar do processo de elaboração das políticas públicas e, assim, exercer um papel político, porquanto dentro da grande engrenagem democrática, cabe a ele

⁴² BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?c_odigo=50>. Acesso em: 20 de abr de 2011. p. 11.

exercer o importantíssimo papel de defensor da Carta Constitucional, que em última análise, é quem desenha todas as regras do jogo político nacional e estabelece os fins do Estado.

Destarte, a liberdade política do Executivo e do Legislativo, mesmo que representantes da soberania popular, não podem ir além, e nem ficar aquém dos balizamentos constitucionais, sob pena de poderem ser submetidos à censura judicial, uma vez que as opções políticas contidas na Constituição, também fruto da vontade do povo, assumem a forma de princípios jurídicos – mandatos de otimização - dotados de imperatividade suficiente para vincular a atuação de todos os Poderes e que, portanto, devem ser concretizados na maior medida possível.

Sobre o tema, com todo o brilhantismo que lhe é peculiar, Luís Roberto Barroso averba que:

*“O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. **É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O deficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas***

campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.” (grifo nosso)⁴³

Nesse mesmo sentido, confirmam-se as preciosas palavras de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, citadas pelo Min. Celso de Mello em seu voto exarado no julgamento da SL 47-AgR/PE:

“o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. [...] o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte [...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser **dirimidas pelo Judiciário**, cabendo ao **Juiz** dar sentido concreto à norma e **controlar a legitimidade do ato administrativo** (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional” (grifo nosso)⁴⁴

Como se vê, percebe-se nitidamente que o constituinte não se limitou apenas a estabelecer os critérios de aquisição e exercício do poder por parte dos representantes eleitos, tendo traçado objetivos prioritários que não podem

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 391

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI_D=610254> Acesso em: 20 de mai de 2011.

ser relativizados nem mesmo pela vontade da maioria, deixando transparecer a adoção de uma postura *substancialista*⁴⁵ com relação ao processo político.

Só para ilustrar o que se acabou de asseverar, o art. 3º, inciso I, da CRFB, por exemplo, aduz que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, o que, sem sombra de dúvida, só pode ser alcançado se estiver presente condições mínimas de saúde pública, cujas ações e serviços, segundo o que dispõe o art. 197, são de relevância pública, realçando, assim, a obrigação do Poder Público em sua efetivação.

Portanto, olhando a questão por esse ângulo, há que se convir que a intervenção do Poder Judiciário com o fito de concretizar eventual prestação de saúde não atendida pela Administração Pública não pode ser reputada como ilegítima ingerência de um poder no âmbito de atuação do outro, mas tão somente na imposição do cumprimento de um mandamento constitucional, que como as demais normas jurídicas também são dotados de imperatividade.

Nessa linha, caminha o entendimento de Nossa Corte Constitucional, conforme se pode verificar da decisão paradigmático proferida pelo Min. Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45/DF⁴⁶, vazada nos seguintes termos:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá

⁴⁵ Para o *substancialismo* cabe à Constituição impor ao cenário político condicionantes valorativas; já o *procedimentalismo* entende que à Constituição incumbe apenas garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria decidir, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de sua opções políticas. Cf. Barcellos, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50>. Acesso em: 20 de abr de 2011. p. 7.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.” (grifo nosso)

É de se observar que a questão é tão intrincada, que o próprio Min. Gilmar Mendes, quando ainda presidia o Supremo Tribunal Federal, nos meses de abril e maio de 2009, convocou Audiência Pública, na qual se debateu temas polêmicas que permeiam o direito à saúde pública no Brasil, com o fim de se obter subsídios que possam embasar as decisões judiciais a serem proferidas em processos que versam sobre o assunto, estabelecendo parâmetros mais firmes de como e quando as pretensões poderiam ser realizadas pelo Poder Judiciário sem que isso acarretasse ofensa aos outros poderes e, sobretudo na desestruturação do já debilitado sistema público de saúde.

Na ocasião, chegou-se ao consenso de que o grande problema não está relacionado a uma omissão total dos poderes públicos na formulação de políticas públicas direcionadas a concretizar o direito à saúde, mas sim na implementação de políticas já existentes. Diante desse quadro, o Min. Gilmar Mendes entendeu que: “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.”⁴⁷

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI_D=610254>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

Aliás, desse entendimento não discrepa Barroso, ao afirmar que para que uma atuação judicial seja reputada legítima, “não poder expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.”⁴⁸

Nesses termos, verifica-se que o campo de elaboração e execução das políticas públicas de saúde, embora reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, não se constitui em um cenário insindicável, podendo sofrer intervenções judiciais em situações excepcionais, sendo exigido, no entanto, que tal intervenção seja pautada pelos critérios do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, pois, se realizada de modo desmesurado, ao invés de contribuir para o aprimoramento do sistema, cooperará ainda mais para o seu colapso.

Dessa forma, pode-se concluir que a efetivação do direito à saúde pela via judicial, desde que procedido com prudência, não caracteriza ofensa direta ao princípio da separação de poderes e nem ao sistema democrático, pois encontra-se respaldado por inúmeras normas constitucionais, notadamente aquelas previstas nos art. 1, inciso III e art. 196, da CRFB, os quais tratam, respectivamente, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde propriamente dito.

Ocorre, todavia, que, na atual quadra, o que se vem colocando em evidência não é a legitimidade ou a ilegitimidade da intervenção judicial, mas a forma e intensidade com que a mesma deva ocorrer, tendo em vista a falta de critérios objetivos capazes de auxiliar os juízes na tomada de suas decisões, podendo-se notar que muitas vezes determinações são tomadas sem qualquer tipo de racionalidade, utilizando-se não raras vezes da mesma fundamentação para casos que não guardam nenhuma identidade e deferindo liminares com base em meras alegações sem o mínimo de cognição da situação fática.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/profissionais/advogados/roberto/>. Acesso em: 21 de maio de 2011

Decisões desse tipo só servem para potencializar o caos e inviabilizar a organização do sistema de saúde pública, colocando em xeque a efetivação do direito à saúde em sua dimensão coletiva, o que sem dúvida é o objetivo maior do constituinte.

Nesse contexto, a problemática atual passa a residir na questão de se identificar o que razoavelmente pode ser deferido judicialmente em termos de prestação de saúde sem colocar em risco toda a capacidade de organização da Administração Pública e a continuidade dos serviços que já fazem parte do sistema público, ganhando destaque, aqui, as cláusulas da reserva do possível e do mínimo existencial.

4.3. A RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* O MÍNIMO EXISTENCIAL: NEM O MAIS, NEM O MENOS, MAS O RAZOÁVEL.

Diante de tudo que até aqui fora exposto, vê-se que dentro do regime jurídico-constitucional vigente todas as normas são dotadas de imperatividade - sejam elas formuladas nos moldes de regras jurídicas, sejam estruturadas na forma princípios -, sobretudo aquelas que consagram direitos que se traduzem em condições materiais mínimas para a realização do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, podendo-se exigir judicialmente do Estado prestações que as satisfaçam, em caso de omissão ou prestação ineficiente.

Entretanto, para que a intervenção judicial seja legítima do ponto de vista democrático, deve carregar consigo a marca da proporcionalidade, de modo que os seus efeitos não gerem mais desorganização, prejudicando ainda mais o andamento e desenvolvimento das políticas públicas elaboradas pelos poderes políticos.

Nesse contexto, surge, então, a cláusula da reserva do possível como um aspecto fático limitador da atuação judicial no campo da efetivação dos direitos sociais, como o direito à saúde, tendo em vista o fato de que os recursos financeiros de que dispõe a Administração Pública são limitados, enquanto que a demanda da sociedade por serviços médicos cresce em escala

vertiginosa, sobretudo após a Constituição de 88, que reacendeu o espírito de cidadania nacional.

Saliente-se, desde logo, que esta cláusula econômica deve ser analisada com responsabilidade, e não propagada como um discurso retórico com o fim de isentar o Poder Público do seu dever constitucional de estabelecer condições de vida digna para seus cidadãos.

A reserva do possível impõe apenas que as normas constitucionais sejam interpretadas levando-se em conta os fatores da realidade, de modo que suas disposições possam sair do papel e produzir mais efeitos práticos, ou seja, possam atingir a efetividade esperada. Nesse contexto, o operador do direito não pode ficar indiferente à escassez de recurso, não pode agir como um avestruz, fugindo do problema pondo sua cabeça em um buraco embaixo da terra, achando que a norma jurídica por si só produzirá seus efeitos.

Como salienta Barcellos, “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que um bem pode ser exigido judicialmente”⁴⁹. Todavia, a autora pondera que “não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestações de serviço, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição”⁵⁰.

Feita esta consideração, volta-se ao tema central. Com efeito, a cláusula da reserva do possível foi importada do Direito Alemão e caiu no gosto dos governantes omissos de plantão. A Corte Constitucional Alemã, ao apreciar pretensão formulada por estudantes que - com base em artigo da Constituição Germânica assegurava a todos o direito de escolher livremente sua profissão - pretendiam ingressar na Universidade de Medicina, julgou válida lei local que estabelecia um número limitado de vagas, sob o argumento

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245

⁵⁰ Ibid. p. 245

de que a prestação pretendida não estava dentro do que se podia *razoavelmente* exigir da sociedade.

Entretanto, há que se observar que esta teoria não pode ser introduzida na realidade jurídica brasileira de qualquer modo, sem fazer qualquer tipo de concessão às nossas peculiaridades, tendo em vista o notório desnivelamento que há em termos de desenvolvimento econômico-social entre a sociedade alemã e a sociedade brasileira.

Com efeito, só para realçar esta disparidade, percebe-se que a pretensão rejeitada pela Corte Alemã visava obter vaga em ensino superior - curso de medicina -, enquanto que em nossa terra as ações ainda versam sobre vagas de ensino em estabelecimentos de educação infantil ou então do ensino fundamental.

Convém, aqui, abrir um parêntese e advertir para o fato de que não só os direitos prestacionais, como o é a saúde, estão vinculados a questões econômicas, uma vez que a efetivação dos direitos individuais também exige do Estado o desembolso de recursos financeiros. Por exemplo, o direito à segurança e à propriedade dependem da existência de órgãos policiais para sua preservação, exigindo-se investimento em mão-de-obra, na aquisição de viaturas e na compra de armas de fogo. Eles também dependem da existência de um Poder Judiciário estruturado, o que igualmente representa gasto público, já que juízes não trabalham *graciosamente*.

Pois bem. A questão da escassez de recursos, que realmente não pode deixar de ser levada em conta por nossos órgãos julgadores no momento de decidir o caso concreto, deve ser analisada pela ótica nacional e de preferência de um observatório localizado nas periferias das grandes cidades desse país.

Os recursos, de fato, nem sempre existirão em quantidade suficiente para cobrir todas as demandas, e mesmo quando existentes pode ocorrer de não estarem juridicamente disponíveis para efetivação de determinada prestação, eis que a despesa não fora prevista no orçamento, como determina

o art. 167, I da CRFB de 88⁵¹, ou, ainda, a pretensão deduzida, embora passível de ser atendida economicamente, poderá não se revelar razoável, de modo que seu deferimento também poderá colocar em risco toda estrutura do sistema de saúde, prejudicando direito de terceiros.

Por outro lado, a escassez de recursos impõe ao Poder Público o ônus de criar técnicas de gerenciamento mais sofisticadas, de modo a conseguir racionalizar os gastos públicos, fazendo com que as metas traçadas pela Constituição sejam prioritariamente alcançadas – ou seja, deve-se evitar esquemas como a “máfia das sanguessugas”. Em outras palavras, o Estado não pode se acomodar diante dessa situação, valendo-se de argumentos vazios que possam simplesmente sacrificar a dignidade daqueles que mais necessitam de sua atuação.

Nesta linha, vale citar os argumentos explanados pelo Min. Celso de Mello em decisão monocrática proferida nos autos da já citada ADPF nº 45/DF⁵²:

*“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à **“reserva do possível”** [...] **É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais** – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – **depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado**, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômica-financeira da pessoa estatal**, desta não se poderá razoavelmente exigir [...] a imediata efetivação do*

⁵¹ CRFB/88, Art. 167 – São Vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>> Acesso em: 20 de mai de 2011.

comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese [...] criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo [...] propósito [...] de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.” (grifo nosso)

Essa decisão, sem sombra de dúvida, representou um grande marco no tratamento dado pela jurisprudência pátria ao tema referente à cláusula da reserva do possível. Como se pôde ver, ela ressaltou a possibilidade de que, se devidamente comprovada, a referida cláusula até pode constituir-se em fundamento para o indeferimento de prestações de saúde, porém impôs ao ente público o ônus de demonstrá-la cabalmente. Assim, tem-se que a alegação de ausência de reservas financeiras não pode ser generalizada e aplicada a qualquer caso. Na verdade, há uma presunção em favor do cidadão no sentido de que sua pretensão pode ser acolhida, devendo tal presunção ser desconstituída por meio de elementos concretos trazidos aos autos pelo ente público.

Nessa mesma linha, Lilian Balmant⁵³ explica que:

“a cláusula da reserva do possível só se justifica quando aferida em face de motivo razoável que desculpe a autoridade, de forma fundamentada e ampla, em processo próprio, com transparência e contraditório, faça prova de impossibilidade de cumprir o estabelecido.”

Dentro dessa perspectiva, a reserva do possível deverá ser encarada apenas como mais um critério a auxiliar os juízes em seu processo de tomada

⁵³ EMERIQUE, Lilian Balmant. *Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009, p. 106 -107

de decisões, deve ser vista como mais um ingrediente a compor o método de ponderação junto com os critérios da proporcionalidade, e não como uma regra absoluta e genérica capaz de tolher por completo o direito fundamental à saúde. Em outros termos, o magistrado terá que agir com mais responsabilidade política, de modo a conciliar suas decisões com os programas sociais já implantados, mas não pode ficar preso somente a questões financeiras.

Assim, critérios como a “razoabilidade da pretensão deduzida”⁵⁴ em face do poder público e “a existência de disponibilidade financeira do Estado”⁵⁵, como salientou o Min. Celso de Mello no julgamento ADPF supracitada, são elementos que devem estar cumulativamente presentes no caso concreto para que a pretensão deduzida possa ser acolhida e satisfeita.

Ocorre que, a proporcionalidade ou, como dito razoabilidade, são princípios instrumentais e que, portanto, sozinhos não operam efeitos, ficando dependentes da existência de outros elementos, os quais só podem ser extraídos do caso concreto.

E é exatamente nessa arena que surge a teoria do mínimo existencial, despontando como um contraponto no processo de ponderação, ou talvez, um ponto de equilíbrio entre a preservação da dignidade da pessoa humana e as limitações impostas pela reserva do possível, tendo por objetivo precípuo evitar o total esvaziamento daquele princípio fundamental da República.

Aliás, como bem coloca Gilmar Mendes, “juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”⁵⁶.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>> Acesso em: 20 de mai de 2011.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 830.

Com efeito, se a cláusula da reserva do possível age como um fator limitador da atuação jurisdicional na concretização das prestações de serviço médico, filtrando pretensões desarrazoadas, a cláusula do mínimo existencial, por sua vez, limita esse limite, realizando uma espécie de papel de contracautela frente aos efeitos restritivos da limitação orçamentária, impedindo que esta anule por completo a dignidade humana.

Em outras palavras, quando se estiver diante de prestação que verse sobre condição material *sine qua non* para a manutenção de um padrão de vida digna para o indivíduo, a pretensão deduzida em face do Poder Público - “por razões fundadas em um impetativo ético-jurídico”⁵⁷ - deverá ser deferida em toda sua plenitude ao autor da demanda, sem que se possa cogitar de eventual afronta aos princípios orçamentários, isso porque no sopesamento dos valores em conflito inevitavelmente a dignidade humana deve prevalecer.

Desse modo, vista a questão por esse ângulo, tem-se que “o mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”⁵⁸. Aqui, a propósito, deve-se sedimentar a premissa de que nesse processo de ponderação, “a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve vigor como um *mandado de otimização dos direitos fundamentais*”⁵⁹.

Assim, “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço de dívida), nas quais sua aplicação não

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.05.2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Disponível em <www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2011. p. 26.

está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”⁶⁰.

Cumpra registrar, entretanto, que não há consenso doutrinário acerca da fundamentação precisa do que seria o mínimo existencial. Pois, enquanto alguns sustentam que o mínimo existencial se confundiria com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, parcela que toca diretamente a dignidade do indivíduo, outros entendem que o mínimo existencial traduz-se em um direito fundamental ao acesso às condições materiais imprescindíveis à manutenção de um padrão de vida digno, mas que não necessariamente estão atreladas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, até mesmo porque alguns deles não estão inseridos diretamente no conteúdo da dignidade humana.

O professor Luís Roberto Barroso, inclinando-se para o lado da primeira posição, considera que: “a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do *mínimo existencial* e da personalidade humana”⁶¹.

Outro ponto em que também não há harmonia consiste em saber quais direitos compõem o rol do mínimo existencial e, sobretudo em qual porção eles poderiam ser exigidos. Isto é, “um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo e qual a extensão da obrigação do Estado”⁶².

Por exemplo, Barcellos propõe que o mínimo existencial seja composto de quatro elementos: “a educação fundamental, a saúde básica, assistência

⁶⁰ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2002, p. 51-57 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 825.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254

⁶² GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, nº 9 – Dezembro de 2006, p. 387-388

aos desamparados e o acesso à Justiça”⁶³. Já o Professor Ricardo Lobo Torres, com uma visão mais restritiva, salienta que: “os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”⁶⁴.

Nada obstante, como se vê há um consenso entre os doutrinadores no sentido de se reconhecer que o direito fundamental à saúde integra o núcleo do mínimo existencial, uma vez que este direito representa um primeiro estágio para que o indivíduo possa desenvolver suas potencialidades e viver dignamente, sendo, portanto, possível de ser concretizado em sede judicial.

Contudo, isso ainda não resolve o problema da medida, ou seja, da extensão em que essa atuação judicial deva ocorrer, tendo em vista que a própria natureza variável e indeterminada da garantia do mínimo existencial não nos permite dizer de antemão qual seria a porção ideal do direito à saúde que possa eventualmente caracterizar-se como sendo o mínimo existencial para o indivíduo e, por conseguinte, razoável o bastante para ser deferida judicialmente, não há como se decidir antecipadamente.

Assim, a solução mais plausível, ou a única possível, é analisar cada caso concreto de acordo com suas peculiaridades, levando em conta aspectos, como por exemplo, o estado clínico do autor da demanda, as suas condições econômicas e de sua família, a essencialidade da prestação médica pleiteada, a sua urgência, o seu valor, o atual estágio de desenvolvimento das políticas sociais e econômicas implantadas no local onde vive e os eventuais reflexos do deferimento da medida na esfera jurídica de terceiros.

Mas, independentemente de tudo, uma coisa é certa, na análise dos fatores sobreditos e de outros mais, deve-se partir do ponto de que para que o direito ao mínimo existencial possa cumprir sua finalidade – propiciar um mínimo de condições materiais para uma sobrevivência digna – o mesmo não

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248

⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia**. 1995, p. 133 *apud* Ibid. p. 255.

deve ser, indevidamente, restringindo à ideia de mínimo vital, o que não se coaduna com o fundamento de Nossa República, qual seja, o alcance da dignidade da pessoa humana. Nas precisas palavras de Balmant, “o mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável”⁶⁵.

Aliás, como bem adverte Ingo Sarlet⁶⁶:

*“o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, **que não pode ser confundido com que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência**, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com qualidade.” (grifo nosso)*

Dessa forma, sempre que as circunstâncias do caso concreto indicar que a pretensão deduzida é indispensável para, não só a sobrevivência, mas também para o estabelecimento de um patamar de vida digno ao indivíduo, o Poder Judiciário estará legitimado a conceder a tutela de saúde pretendida, não se podendo opor qualquer embaraço organizacional ou financeiro a sua atuação.

4.4. O DIÁLOGO INSTITUCIONAL: O PRIMEIRO PASSO PARA SE ALCANÇAR A MEDIDA PROPORCIONAL

Se o mínimo existencial constitui-se em uma garantia de conteúdo previamente não identificado, de forma que as prestações de saúde que

⁶⁵ EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neonstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009, p. 122

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Disponível em: <www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 24 de mai de 2011., p. 11

compõem o seu núcleo essencial devem ser identificadas à luz das circunstâncias de cada caso concreto, o alargamento do diálogo institucional entre os Poderes da República apresenta-se como o primeiro passo a ser dado para se conseguir equacionar a questão das inúmeras demandas judiciais que buscam a efetivação de prestações ligadas ao direito à saúde com os aspectos organizacionais e financeiros.

Destarte, sempre que possível – mas é certo que em inúmeras ocasiões a urgência da medida inviabilizará que assim se proceda -, a análise do mínimo existencial deve ser realizada sob o crivo do mais amplo contraditório, com a oportunidade de participação da Administração Pública, da parte interessada e também do Juiz, que nesse novo ambiente não é mero espectador, no sentido de se identificar a solução médica mais adequada para a parte demandante e, ao mesmo tempo, menos gravosa para os cofres públicos, de modo a não afetar a regularidade dos serviços já colocados à disposição dos cidadãos. Trata-se, em verdade, de uma exigência do próprio processo de ponderação, que se desenvolve a partir de elementos concretos retirados da realidade, os quais são identificados por meio de dilação probatória.

Foi nessa linha de raciocínio, a propósito, que se posicionou o Min. Gilmar Mendes, em seu voto proferido no julgamento do Agravo Regimental interposto na Suspensão de Liminar nº 47⁶⁷, consoante a seguir transcrito:

*“as premissas analisadas deixam clara a **necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestação e sentenças**, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador*

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI_D=610254> Acesso em: 20 de maio de 2011.

*concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito saúde. **Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.***” (grifo nosso)

Desse modo, se após a instrução processual, restar demonstrado que a providência de saúde requerida é a mais econômica e a mais adequada para curar a patologia apresentada pela parte autora e que a mesma já se encontra prevista nas políticas públicas de saúde, ou seja, nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do sistema único de saúde - SUS, ao juiz será legítimo deferi-las, uma vez que, nestes casos, tanto a saúde do autor estará sendo preservada – ou seja, o seu mínimo existencial -, como os critérios econômicos e técnicos da Administração serão respeitados – a reserva do possível -, o que torna a pretensão plenamente razoável de ser concretizada judicialmente.

É claro, contudo, que nem sempre as coisas irão se desenrolar de forma tão simples. Hipóteses não de acontecer que a medida almejada não se encontrará prevista entre as políticas públicas de saúde, ou quando prevista não será a alternativa mais indicada e nem a mais econômica, e é exatamente aqui que o diálogo institucional ganha relevo. Nessas situações - tirando os casos de extrema urgência é claro - impõe-se a abertura do contraditório, a fim de se possibilitar ao Poder Público a demonstração da desnecessidade da medida exigida, ou a existência de outras que sejam tão eficientes, porém de menor custo para o erário. Em tais situações, dadas as complexidades técnicas a serem elucidadas, desaconselha-se a concessão de liminares sem a oitiva da Administração Pública.

Assim sendo, o Poder Judiciário tem legitimidade para concretizar prestações de saúde, já que se trata de direito fundamental para realização da dignidade humana, todavia deve fazer isso de maneira prudente. Ocorre que, em muitos casos liminares são deferidas com base em meras alegações, sem nenhuma cognição, mesmo que sumária, do acervo probatório – quando este existe – carreado aos autos. É claro que em situações de risco de morte, o

magistrado está autorizado a conceder a tutela liminarmente, mas sempre que a hipótese fática puder aguardar o exame mais apurado das provas é aconselhável que assim se faça, de forma a se evitar pretensões desmesuradas, que, em última análise, podem desfigurar todo o sistema de saúde.

Como salienta o Prof. Ingo Sarlet⁶⁸:

“a mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune à contestação, seja para efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa, seja de opção que, embora igualmente eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas.” (grifo nosso)

Nessa linha de raciocínio, realizado o contraditório com vasta produção de provas, inclusive técnica, e ficando enfaticamente demonstrado que o tratamento demandado, embora mais oneroso do que eventual opção contemplada nas políticas públicas do sistema único de saúde, é o mais eficaz para remediar o estado clínico do autor, tendo em vista suas peculiaridades orgânicas, tal tratamento deverá ser lhe deferido, uma vez que nesta suposição a medida requerida traduz-se em condição material mínima para sua sobrevivência de maneira digna, ou seja, representa a sua garantia ao mínimo existencial, que se não for observado o colocará em posição demasiadamente vulnerável.

Como bem enfatizou o Min. Gilmar Mendes⁶⁹, no julgamento da precitada suspensão de liminar:

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Disponível em:<www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2011., p. 32

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

Ademais, como dito acima, pode ocorrer de o tratamento médico exigido judicialmente não se encontrar sequer previsto nas políticas públicas de saúde ofertadas à população. Nessas situações, segundo o Min. Gilmar, “é preciso diferenciar os tratamentos puramente *experimentais* dos *novos tratamentos* ainda não testados pelo sistema de saúde brasileiro.”⁷⁰

Com efeito, se o tratamento for apenas experimental, não se revela razoável obrigar o Estado a prestá-lo, e não só por questões administrativas, financeiras ou técnicas, mas acima de tudo por questão de segurança, uma vez que a incerteza a respeito de sua eficácia por si só constitui fundamento bastante para a sua não disponibilização. Em tais casos, ao invés de contribuir para cura do paciente, o tratamento em verdade poderá agravar o seu quadro clínico, ou simplesmente não gerar benefício nenhum, além de onerar o orçamento público.

A propósito, conforme as informações do Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, colhidas na Audiência

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docI_D=610254> Acesso em: 20 de maio de 2011.

⁷⁰ Ibid.

Pública realizada pelo Supremo Federal e consignadas no julgado acima citado, “essas drogas *não* podem ser compradas em nenhum país, *porque nunca foram aprovadas ou avaliadas*, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido”⁷¹.

Atento a esta questão, o insigne Ingo Sarlet⁷² adverte que:

*“os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para as decisões judiciais. Nesse sentido pode-se dizer que não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer ou custear **medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes [...], ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíra objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo de mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo em violação da própria dignidade da pessoa humana.**”* (grifo nosso)

De outro lado, quando a pretensão versar sobre novos tratamentos ainda não testados pelo sistema de saúde brasileiro, mas que já foram aprovados pela comunidade científica, sendo inclusive largamente aplicados na rede privada, a solução deve ser, em regra, precedida de dilação probatória.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

Ibid, p. 26

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Disponível em <www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em 24 de maio de 2011., p. 35

Isso porque, por meio de provas técnicas poder-se-á demonstrar que o tratamento, a despeito de ainda não estar previsto nas políticas públicas, é mais apropriado ao caso concreto do que as opções feitas pelo Poder Público, de modo que sua exigência será reputada como legítima e, portanto, deverá ser atendida.

Neste ponto, brilhante são as palavras do já citado Min. Gilmar Mendes:⁷³

“o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa [...] a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro lado a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.” (grifo nosso)

Como se vê, o diálogo institucional, consubstanciado no respeito à garantia do contraditório, aliado ao princípio da proporcionalidade, pode contribuir e muito para se alcançar um equilíbrio nas decisões judiciais, preservando-se, assim, condições de saúde mínimas capazes de propiciar uma vida digna para os cidadãos que batem à porta do judiciário em busca de prestações médicas, sem, contudo, afetar o sistema público de saúde, tornando a prestação jurisdicional, nesta temática, ainda mais eficiente.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 20 de mai de 2011..

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como norte apreciar a questão da judicialização do direito à saúde nesse novo ambiente jurídico, estabelecido pelos paradigmas do neoconstitucionalismo, onde as disposições constitucionais deixaram de ser tratadas como meras promessas e receberam o *status* de verdadeiras normas jurídicas dotadas de imperatividade e com o potencial de gerar direitos subjetivos para os cidadãos brasileiros, que agora se vêem em uma posição privilegiada de pode exigir do Poder Público a concretização das prestações contempladas no texto constitucional.

De fato, parece-nos claro que o constituinte de 1988 optou por uma posição substancialista com relação ao papel a ser desempenhado pela Carta Magna, já que em uma simples leitura do seu conteúdo, pode-se verificar que ela não se limitou apenas a traçar as regras do jogo democrático, isto é, do exercício do poder político majoritário, indo bem mais além que isso, construindo um novo cenário jurídico impregnado de valores humanos, inculpidos em diversos princípios jurídicos, e repleto de opções políticas voltadas à materialização de um Estado Social Democrático.

Corolário lógico disso, é o fato de que tanto o Legislador como o Administrador Público não dispõem de plena liberdade na elaboração e execução das políticas públicas, estando vinculados às diretrizes prioritárias desenhadas na Carta Política, podendo sofrer o controle judicial toda vez que elegerem meios que de alguma forma possam frustrar a efetivação dos direitos fundamentais, tanto em sua perspectiva negativa ou prestacional, ou que se distanciem dos objetivos colocadas em primeiro plano, como, por exemplo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde todos possam se autodeterminar.

Sendo assim, o Poder Judiciário tem o dever de atuar ativamente na efetivação dos direitos fundamentais, intervindo sempre que for necessário para se corrigir uma proteção insuficiente disponibilizada pelo Poder Público, afinal de contas, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, é seu

papel institucional velar pela proteção da ordem jurídica constitucional, principalmente pela concretização dos direitos fundamentais, os quais representam o núcleo jurídico de proteção da pessoa humana.

Reconhece-se que este papel mais ativo que o Poder Judiciário vem desempenhando nos últimos tempos na realidade jurídica nacional tem sido alvo de inúmeras críticas, entretanto, há que se registrar que esta postura mais intervencionista, em verdade, é fruto da crise de representação política pela qual estamos passando, fazendo com que o Judiciário se torne um dos únicos meios de comunicação entre o cidadão e o Poder Público, já que suas reivindicações não estão sendo ouvidas através das vias políticas ordinárias.

Demais disso, a legitimação dessa intervenção judicial no cenário político, em situações extraordinárias, reside na própria Constituição, que, em última análise, além de ser fruto da vontade popular, reservou ao Poder Judiciário a solene missão de preservar os valores fundamentais da ordem jurídica.

Pois bem, percorrendo esta linha de raciocínio tenho para mim que o direito fundamental à saúde, por estar, sem dúvida alguma, inserido dentro do núcleo jurídico de proteção delineado no corpo constitucional, pode ser concretizado em sede judicial, quando a prestação disponibilizada pelo Estado for insuficiente para garantir ao indivíduo um padrão de vida digno, capaz de lhe assegurar o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Não obstante, há que se advertir que os recursos financeiros de que dispõe o Estado para a efetivação dos direitos fundamentais, de fato, não são infinitos, circunstância esta que exige maior responsabilidade política dos juízes quando estiverem diante de demandas que envolvam prestações médicas, devendo ser levado em conta a cláusula da reserva do possível, porquanto a concessão indiscriminada de liminares e a tomada de decisões sem um mínimo de cognição da situação fática, pode gerar efeitos colaterais extremamente negativos no campo das políticas públicas de saúde executadas em favor de toda a coletividade.

Assim, nessa seara, o magistrado deve se valer do processo de ponderação, aplicando os critérios integrantes do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, buscando sempre que possível conciliar o interesse da parte com os aspectos técnicos e financeiros adotados pela Administração Pública na elaboração das ações de saúde.

Contudo, não deixo de olvidar que o intérprete judicial, ao realizar esse processo racional, deve ter sempre em mente que a reserva do possível não pode assumir feição absoluta, muito pelo contrário, deve, acima de tudo, servir como um “mandado de otimização dos direitos fundamentais”⁷⁴, sempre cedendo espaço quando estiver diante de casos em que a prestação de saúde demandada se constituir em porção integrante da garantia do mínimo existencial do indivíduo, evitando-se, assim, o total esvaziamento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, tenho que as limitações impostas pela reserva do possível nunca poderão suplantar a garantia do mínimo existencial, configurando-se este como uma espécie de contracautela frente aos efeitos restritivos da limitação orçamentária.

Destarte, visando a delimitar a exata dimensão dos interesses a serem ponderados, o magistrado, sempre que possível, deverá abrir oportunidade para a realização do contraditório – tirando os casos urgentes de risco de morte, pois nestes a tutela deverá ser deferida independentemente de qualquer coisa – a fim de se colher elementos probatórios que lhe possam ser útil no processo decisório, aumentando-se, assim, as chances de solucionar a lide da maneira mais razoável possível, compatibilizando a pretensão individual de saúde veiculada no processo com as políticas públicas já implementadas.

⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Disponível em: <www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 24 de mai de 2011. p. 26.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/sisartigos/artigos.asp?codigo=50>>. Acesso em: 20 de abr de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constitucao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 11.05.2011.

_____. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a**

Atuação Judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/profissionais/advogados/roberto/>>. Acesso em: 21 de mai. de 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp 1163188/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 15.06.2010. Disponível em: <https://ww2stj.jus.br/revis_taeletronica/AbreDocumento.asp?sLink=ATC&sSeq=10328341&sReg=200902114289&sData=20100623&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 05 de mai de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, AgRg na SL nº 47/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 30.04.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE-AgR nº 271286-8/RS, Rel. Min. Celso de Melo, DJU de 24.11.2000. Disponível em: <[HTTP://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E+OU+271286%2EA+CMS%2E%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2E+OU+271286%2EA+CMS%2E%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 09 de mai de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 811608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 04.06.2007. Disponível em: <<http://www.sj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=811608&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 09 de mai de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Resp nº 1136549/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 04.06.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/Abre_Documento.asp?sLin=ATC&sSeq=10261011&sReg=200900766912&sData=20100621&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 20 de mai de 2011.

_____. CONSTITUIÇÃO (1988). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: Senado, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 12. ed., Salvador: Jus Podivm, 2010.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um Contributo para a Luta Contra a Pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e Interpretação Constitucional. vol. XLVIII, nº 1 e 2. Lisboa: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 2007, p. 365.

GUERRA, Gustavo Rabay. **A Concretização Judicial dos Direitos Sociais, Seus Abismos Gnoseológicos e a Reserva do Possível: Por Uma Dinâmica Teórica-dogmática do Constitucionalismo Social**. Disponível em:

<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/2/docs/concretizacao_dos_direitos_sociais.pdf>. Acesso em: 09 de mai de 2011.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, nº 9 – Dezembro de 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 5. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Disponível em <www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 24 de mai de 2011.