

A INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA COMPETÊNCIA DO EXECUTIVO: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE, A ESCASSEZ DE RECURSOS E O ATENDIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

THE INVASION OF THE JUDICIARY GOVERNMENT IN EXECUTIVE SPHERE: THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHT TO HEALTH, THE SHORTAGE OF FUNDS AND THE MINIMUM EXISTENCIAL CALL IN BRAZILIAN LEGAL ORDER.

Por Edson Camara de Drummond Alves Junior: Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Junior (FIVJ/MG) e Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ). Advogado (OAB/MG 109.987) e Professor de Direito Civil da Universidade Vale do Rio Verde (UNINCOR/MG, *campus* Três Corações) e da Faculdade de São Lourenço (FSL/MG).

Resumo: Com o surgimento dos direitos de segunda geração ou econômicos, culturais e sociais, o antes inerte Ente Estatal teve que assumir outra faceta (Estado de bem estar social), com a obrigação legal de garantir e implementar ações para eliminar as desigualdades existentes na sociedade, protegendo-se, assim, principalmente, as camadas populacionais mais carentes. Porém, mesmo com exigência legal deste dever, o Estado brasileiro, principalmente, no que se refere ao direito à saúde, foco do presente trabalho, como é de conhecimento público, não está cumprindo adequadamente sua obrigação, sendo que, ano após ano, milhares de pessoas continuam morrendo nas filas de hospitais, na espera de atendimento ou do fornecimento de medicamento, caracterizando-se, assim, verdadeira inconstitucionalidade por omissão estatal. Além disso, o direito à saúde, da forma como está previsto em nosso ordenamento jurídico, suscita diversos questionamentos ao intérprete e aplicador do Direito, tais como o limite e a competência dos entes federativos no seu cumprimento, assim como a partir de que ponto poderá o cidadão exigi-lo, inclusive utilizando-se do Poder Judiciário, nesta efetivação, com a análise do conceito do “mínimo existencial” e da dignidade da pessoa humana, sem a caracterização, nessa situação, da lesão ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 02º de nossa Lei Maior de 1.988. Por meio deste artigo, se apresentará, primeiramente, o problema da não efetivação real pelo Estado do direito social à saúde, na maioria das hipóteses, pela falta de recursos financeiros disponíveis para tanto, utilizando-se a Administração Pública da tese da “reserva do possível” em sua defesa, e, secundariamente, o ponto principal de nossa discussão, se há ou não a possibilidade de se valer do Poder Judiciário para se cumprir o disposto legalmente, apresentando-se argumentos e requisitos para tornar-se viável a eleição desta via pelo cidadão lesado em seu direito à saúde e, por consequência direta,

o direito maior à vida, sem comprometer as políticas públicas nesta seara, evitando-se, assim, a judicialização excessiva, por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, utilizando-se da metodologia lógico-dedutiva.

Palavras-chave: Direito à saúde; Poder Judiciário; Poder Executivo; mínimo existencial; reserva do possível.

Abstract: With the emergence of the rights of second generation or economic, cultural and social, the initial inert State Entity had to take another facet (Welfare State), with a legal obligation to ensure and implement actions to eliminate existing inequalities in society, protecting it is therefore mainly the poorest population groups. But even with legal requirement of this duty, the Brazilian State, especially the right to health, focus of this work, as is common knowledge, is not adequately fulfilling its obligation, and, year after year, thousands people continue to die in hospital queues, waiting care or providing medicine, characterizing a real unconstitutionality by state omission. In addition, the right to health, the way it is provided for in our legal system, raises several questions to the interpreter and Law applicator, such as the limit and the competence of federal entities in compliance, and from that point may citizens demand it, even using the judiciary, to work with the concept of the "existential minimum" and the dignity of the human person, without characterization, in this situation, the injury to the principle of power separation, provided in Article 02nd of our highest law from 1.988. Through this article, submit, first, the problem of non proper enforcement by the state social right to health, in most cases, the lack of available financial resources to do it, using the Public Administration of the thesis of "reserve possible "in his defense, and, secondly, the main point of our discussion, whether or not the possibility of making use of the judiciary to comply with legally, presenting arguments and requirements to become viable the election of this way to the citizen injured in their right to health and, in direct consequence, the greater right to life, without compromising public policy in this endeavor, avoiding thus the excessive legalization, through a doctrinal and jurisprudential research, using the logical-deductive methodology.

Key-words: Right to health; Judicial Power; Executive Power; existential minimum; possible reserve.

Diante dos avanços nos meios de comunicação, os cidadãos estão tendo maior acesso às informações e, por consequência, se tornando cada vez mais conscientes dos seus direitos, principalmente os caracterizados como sociais, previstos, de maneira programáticaⁱ, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, dentre os quais o da saúde, o que tem gerado uma maior reivindicação dos mesmos, seja de maneira individual ou através dos entes legitimados para tanto, de maneira abrangente, como a Defensoria Pública e Ministério Público. Contudo, a forma como está prevista na nossa Lei Maior, de maneira ampla e pouco concreta, inclusive no que se refere a sua efetivação pelo Estado, causa sérias divergências ao intérprete e ao aplicador da norma.

Com o surgimento do Estado de bem estar social (*Welfare State*), a antiga figura do Ente Estatal omissivo (presente no Estado Liberal) se transformou em protetor e ativo, trazendo a obrigação a este de implementar medidas necessárias para equilibrar e eliminar as desigualdades existentes na sociedade, por meio dos chamados direitos de segunda geração ou econômicos, culturais e sociais, como educação, habitação e saúde, inclusive, como dito acima, com a sua previsão constitucional, o que, de acordo com Barbosa Filho (2.012), direitos esses que visam proporcionar melhores condições materiais aos mais fracos, para a existência da igualdade material na sociedade, concretizada em uma melhor qualidade de vida de todosⁱⁱ. Além disso, a previsão constitucional destes direitos fundamentais tem como objetivo a imposição ao legislador e ao intérprete/aplicador o seu cumprimento na sua essência para, por consequência, a sua proteção institucional. Contudo, mesmo diante de um dever previsto em nossa Lei Maior, ainda assim, vemos, atualmente, o desrespeito freqüente do Estado, tanto de maneira comissiva como omissiva, ao seu dever legal, principalmente, na saúde, pois, todos os anos, milhares de pessoas continuam morrendo nas filas de hospitais à espera de atendimento ou de medicamento ou pela falta de saneamento básico necessário.

E especificamente quanto ao direito social à saúde, direito subjetivo esse de suma importância, já que se lesado, restará prejudicado o maior direito individual fundamental (qual seja, a vida), o operador e intérprete do Direito, diante do sistemático desrespeito pelo Estado brasileiro, se encontra em volta de diversas celeumas, haja vista a forma como está o mesmo previsto legalmente, pois paira a dúvida de qual é o limite e competência dos entes federativos na sua efetivação, assim como até que ponto poderá o cidadão exigir a sua implementação, diante da omissão do Poder Executivo, inclusive mediante a utilização do Judiciário. Nesse item, em específico, estaria este Poder apto a intervir sem comprometer as políticas públicas

planejadas pelo Executivo e, acima de tudo, sem lesar o princípio constitucional da separação dos poderes estatais, previsto no artigo 2º de nossa Lei Maior?

Por meio deste trabalho, primeiramente, se apresentará o problema da falta da efetivação real por parte do Estado do direito social à saúde (muitas vezes, limitada pela falta de recursos financeiros a ensejar a aplicação do princípio da reserva do possível, em nosso ordenamento jurídico), inclusive expondo a competência dos entes federativos na sua implementação, e, secundariamente, o ponto principal do presente estudo, a partir de qual momento poderá o Poder Judiciário intervir na competência do Poder Executivo (diante da sua discricionariedade legal), sem a caracterização da lesão ao princípio da separação dos poderes estatais, para a efetivação deste seu dever e até que ponto a judicialização excessiva e não criteriosa poderá comprometer as políticas públicas nesta seara (haja vista o crescimento de demandas judiciais, assim como das condenações civis impostas ao Estado), mormente em se tratando de fornecimento individual de medicamento ou de tratamento de alto custo, inclusive, propondo soluções, por meio de parâmetros objetivos para o caso em concreto, utilizando-se, para tanto, de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema.

Em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde esteve sempre presente nas Constituições brasileiras, porém com a Magna Carta de 1.988 trouxe uma nova abordagem, não o conceituando especificamente, mas o elevando como verdadeiro direito fundamental social de todos que é e como é tratado em diversos diplomas de caráter internacional e legislações estrangeiras, sendo pioneira nesse sentido, como é de conhecimento público, a Lei Maior italiana de 1.948, ao expressamente identificá-lo como dever do Estado e de interesse da coletividade. Ao comentar acerca da previsão dos direitos caracterizados como sociais, na nossa atual Constituição Federal, Victor Manoel Romero da Silva (2.011) afirma que:

No Brasil, a Constituição de 1.988 ampliou de forma nunca vista antes a tutela dos direitos sociais. Nela, o direito a saúde deixou de ser serviço público discricionário para ser direito efetivo, diferente das constituições anteriores. Ela revolucionou em relação ao direito à educação, trouxe pela primeira vez o direito à moradia como um direito fundamental, avançou na previsão do direito ao lazer e da cultura e comprometeu todas as unidades federativas em competências comuns a respeito desses direitos. Ela inovou quando determinou como seu fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana, quando declarou entre seus objetivos a solidariedade, a justiça e a erradicação das desigualdades sociais e quando previu várias ações constitucionais que possibilitam efetivação de seus preceitos programáticos e a tutela dos direitos sociais. A Constituição atual é uma Constituição comprometida com os direitos sociais elegendo a dignidade humana como grande princípio norteador e prevendo meios concretos de efetivação [...].

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, no que se refere à saúde, a prevê em diversos dispositivos, como, por exemplo, no artigo 23, II, quando determina que é

de competência comum de todos os entes federativos o seu cuidado, assim como à União, aos estados-membros e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre o tema (artigo 24, XII)ⁱⁱⁱ. Mas, sobre a matéria, devemos ter um foco maior nas duas principais determinações previstas constitucionalmente, quais sejam: o artigo 06º e o artigo 196. No primeiro, dispõe-se que a saúde é um direito fundamental social (juntamente com a educação, moradia, trabalho, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados), sendo que, no segundo, se dispõe, expressamente, que tal dever estatal será implementado por meio de Políticas Públicas sociais e econômicas que reduzam o risco de doenças e de outros agravos, com o acesso universal e igualitário aos serviços essenciais necessários, de maneira solidária, em todos os níveis federativos. Para tanto, as ações e os serviços públicos deverão seguir uma série de diretrizes dispostas no artigo 198 da nossa Lei Maior:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

Assim, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 reiterou, expressamente, o dever do Estado brasileiro em conceder, indistintamente, a toda sociedade, o acesso amplo e igualitário à saúde, o que, nas sábias palavras de Salles *apud* Oliveira (2.011), ao tratar acerca desta obrigação estatal, afirmou que:

A busca da cura é uma das situações da condição humana em que por infelicidade se procura e por felicidade se encontra. Mas a vida, por mais fé que se tenha em alguma dogmática religiosa, não pode, no Estado democrático de Direito, ser entregue à própria sorte.

E para complementar essa rede de proteção com base constitucional, a saúde tem também previsão infraconstitucional, em diversas normas legais, como, por exemplo, a lei federal 8.080/90, que trata sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), disciplinando-se, assim, o previsto, originalmente, no artigo 200 da Magna Carta ao estabelecer as atribuições deste sistema como a produção de medicamentos, vigilância sanitária e epidemiológica, saneamento básico, inspeção de alimentos e de água para consumo humano, meio ambiente, inclusive determinando-se o fornecimento, por esse sistema, da assistência terapêutica integral, delimitando as atribuições administrativas de todos os entes federativos para tanto, com a participação da comunidade, em seu artigo 15; define-se, ainda, no artigo 02º, a saúde como “direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao

seu pleno exercício”, elencando, no artigo 03º, os seus fatores determinantes e condicionantes, *in verbis*:

Art. 3º: A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

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

A saúde é, portanto, um direito fundamental social (compondo juntamente com a assistência e a previdência a seguridade social), possuindo aplicabilidade imediata (de acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1.988) regido pelo princípio constitucional da universalidade de atendimento (observando-se, somente, a diferenciação social e regional existente no Brasil), devendo ser disponibilizado pelo Estado a todos que se encontrem em território brasileiro, independentemente, de qualquer contrapartida ou condição econômica do beneficiário, o que, diante desta obrigação legal, todos os entes federativos deverão se organizar para melhor fornecê-lo àqueles que o necessitarem, fazendo-o por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Será disponibilizado, em conjunto, pela iniciativa pública e particular por meio de medidas assistenciais e preventivas. A definição desse direito não se encontra de maneira expressa em nosso ordenamento jurídico, porém, temos uma conceituação na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1.946, trazida por Barbosa Filho (2.012), que podemos utilizar para a realidade brasileira: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções ou enfermidades”. Portanto, diante destas considerações iniciais, se torna impossível compreender a vida humana, com dignidade, sem a promoção da saúde de todos.

E como dito anteriormente, o direito à saúde é regido pelo princípio constitucional da universalidade, que se traduz como o dever estatal de atender efetivamente o maior número possível de todos aqueles que necessitem das medidas preventivas e assistenciais para tanto, o que, de acordo com Barbosa Filho (2.012), se traduziria tal preceito, ainda, em uma obrigação pública de contínua ampliação da proteção do rol de beneficiários. Sobre o tema, inclusive no tocante ao dever estatal de sua proteção e efetivação, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal *apud* Diniz (2.010), assim se manifestou:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar -

políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Contudo, mesmo com a previsão constitucional do dever estatal de atender e proteger o direito social à saúde, de forma mais ampla possível a todos aqueles que necessitem, devemos verificar qual seria o seu conteúdo mínimo exigível em face do Estado, já que o recurso financeiro disponível para tanto é finito em detrimento da necessidade infinita destes serviços e que se não estipulada essa limitação, acarretaria um esvaziamento do preceito constitucional, já que desde a falta de um medicamento para tratar de uma simples dor de cabeça ou a remarcação de uma consulta médica no sistema público, desde logo acarretaria a sua lesão^{iv}. Para ilustrar essa questão, Barbosa Filho (2.012) traz os seguintes exemplos:

De forma ilustrativa há consenso que um pronto-socorro desprovido de médicos, enfermeiros e elementos essenciais de atendimento, tais como seringas, luvas, remédios básicos, macas, etc., deixa de cumprir, ainda que minimamente, o dever constitucional de prestar saúde. O mesmo não poderá se dizer da falta de equipamento importado para exames de alta complexidade, ou a inexistência, em tempo integral, de médicos de todas as especialidades neste mesmo pronto-socorro.

Desta contradição entre a necessidade infinita dos serviços de saúde, tendo em vista o princípio constitucional do seu acesso universal e igualitário, e o recurso finito a que dispõe o Estado para exercer esse seu dever legal, fez com que a doutrina e os tribunais criassem o conceito do “mínimo existencial”, ou seja, o limite mínimo a que todos terão direito nessa seara (variável entre os países) e que, se não cumprido, gerará lesão ao preceito constitucional do direito social fundamental à saúde, autorizando o cidadão lesado a adotar medidas necessárias para a sua efetivação. O princípio em tela (originário da Corte Constitucional alemã, por meio de uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana^v) visa garantir o núcleo de condições mínimas de bem estar físico, mental e social aos indivíduos^{vi}, exigível em face do Ente Estatal e que, se desrespeitado, conforme ensina Canotilho (2.002), ensejaria uma inconstitucionalidade por omissão, e, segundo Krell *apud* Vieira (2.011), para que não haja uma “frustração constitucional”, deve-se ter um cuidado especial com as promessas feitas em uma Constituição, de acordo com a realidade social existente no país.

No tocante a esse núcleo essencial dos direitos fundamentais (aí incluídos os sociais) que deverá ser respeitado/garantido pelo Estado, o professor José Joaquim Gomes Canotilho (2.002, p. 511), sob o enfoque da atual Constituição portuguesa, ensina que:

Relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa). Coloca-se também o problema de saber se os direitos económicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard* mínimo). Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o “rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica”, o “subsídio de desemprego” são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.

Portanto, o mínimo existencial seria o limite básico do qual o Estado não poderia se esquivar em atender a sua população, sob pena de comprometer-se a dignidade da vida humana. A Administração Pública deverá adotar Políticas Públicas que tenham por objetivo a sua garantia, sob pena de não o fazendo, habilitar a intervenção do Poder Judiciário para cessar ou evitar a lesão à base do desenvolvimento humano.

Não se está, no presente trabalho, discutindo acerca da possibilidade ou não de execução do direito social à saúde, já que, conforme dito anteriormente, os direitos fundamentais, por previsão constitucional (artigo 05º, §1º), têm aplicabilidade imediata; além disso, por se tratar, também, de norma programática, implica em um dever de conduta do qual não se pode afastar o Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, o que, segundo Barbosa Filho (2.012), impede que haja retrocesso social em relação às conquistas já obtidas sobre o tema, sem a criação de mecanismos compensatórios ou equivalentes para tanto (lembrado por Canotilho como “cláusula de proibição de evolução reacionária”). Contudo, a abstração do comando legal acerca da saúde dificulta em posicionar em quais hipóteses e critérios o cidadão poderá exigir o seu fornecimento em face do combalido Ente Estatal brasileiro. Sobre essa questão, assim se posicionou Ana Paula de Barcelos *apud* Diniz (2.010):

Se o critério para definir o que é exigível em matéria de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma. Na verdade, a maior ou menor eficácia das disposições constitucionais que tratam do tema devem estar relacionadas às prestações de saúde disponíveis e não às condições melhores ou piores de saúde das pessoas, mesmo porque muitas vezes não há qualquer controle sobre o resultado final que um determinado tratamento, por exemplo, produzirá no paciente.

E mesmo diante da sua abstração, o direito social à saúde constitui um dever estatal que deverá ser implementado por meio de Políticas Públicas sociais e económicas^{vii}, através dos Poderes Legislativo (na criação de leis sobre o tema) e Executivo (ao concretizar o comando

legal disposto, alocando recursos públicos para satisfazer a demanda, estabelecendo, discricionariamente, critérios e prioridades a serem efetivadas, denominadas pela doutrina como “escolhas trágicas”, pois quando feita a opção, outra área da saúde restará desamparada, porém, sempre baseada em dados técnicos que permitam atender ao maior número de pessoas, conforme as prioridades previamente definidas, com fundamento nos princípios da eficiência, universalidade de cobertura e da seletividade e distributividade dos benefícios e serviços). Contudo, como é de conhecimento público, os recursos financeiros de que dispõe o Estado são limitados em detrimento da necessidade da população, gerando, nesse ponto, o conflito entre o mínimo existencial e a chamada cláusula da reserva do possível^{viii}.

A reserva do possível é teoria originada, também, do Tribunal Constitucional alemão que defende que o Estado somente poderia atender todas as demandas sociais, notadamente, aquelas necessárias para se respeitar, minimamente, a dignidade da pessoa humana, se dispusesse de recursos financeiros para tanto^{ix}. E tendo em vista que tais recursos são finitos, o Poder Público tem que fazer escolhas, definindo o que entende como prioritário (até mesmo pela limitação jurídica, por meio da previsão orçamentária), gerando certa relativização na eficácia e efetividade na prestação desses direitos^x. Nesse sentido, o ensinamento de Jorge Reis Novais *apud* Barbosa Filho (2.012):

Assim, a reserva do possível passa a ser essencialmente entendida como constituindo essa limitação imanente a este tipo de direitos [sociais]: mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários; daí a designação mais expressiva de reserva do financeiramente possível.

Porém, o Estado não poderá utilizar indiscriminadamente da cláusula da reserva do possível para se eximir de seu dever prestacional previsto constitucionalmente, notadamente no que se refere aos direitos sociais fundamentais, devendo comprovar que não dispõe de recursos financeiros para tanto e o que possui já está comprometido no atendimento de direitos outros caracterizadores do mínimo existencial. Sua argumentação deverá ser baseada em dados palpáveis de que não dispõe de numerário para custear determinado serviço^{xi}, sem desorganizar o seu planejamento pré-estabelecido, já que, conforme lição de Canotilho *apud* VIEIRA (2.011), afirma que essa cláusula traduz "a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos". Portanto, se não houver justo motivo na negação do atendimento de determinado direito social pelo Poder Público, acarretando a sua nulificação, o Poder Judiciário poderá intervir para assegurar o seu comprometimento, sem caracterizar, nesta hipótese, qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes^{xii}, previsto no artigo 02º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Podemos, inclusive, visualizar a

possibilidade da realocação dos recursos de outra área da Administração tida como não necessária para o atendimento da dignidade da pessoa humana (como, por exemplo, do setor de transportes ou para o pagamento de dívida pública) para a sua inserção na seara da saúde, ideia essa defendida por diversos doutrinadores, como Andreas Krell e Dirley da Cunha Junior, devidamente lembrados por Vieira (2.011).

Deverá se verificar, no caso concreto, além da existência de recurso financeiro para custear o atendimento ao direito social fundamental à saúde, que o pedido judicial formulado em face do Estado esteja na órbita do razoável, ou seja, a tese da reserva do possível deverá se fundamentar em dois requisitos: a ausência do recurso financeiro pelo Ente Estatal (devidamente comprovada) e a não razoabilidade do pedido feito pelo indivíduo em face do Poder Público^{xiii}. Não se poderá condenar, por via judicial, o Ente Público ao fornecimento individual de tratamento médico caro, podendo com tal conduta desequilibrar o planejamento anteriormente feito nesta área, comprometendo-se, assim, a devida distribuição dos serviços a toda a coletividade. Nesse sentido, decisão trazida por Vieira (2.011), no Mandado de Segurança número 296.243-9, da relatoria do Desembargador Jarbas Ladeira, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

Conceder liminares e ordens no sentido de se obrigar a Administração Pública a arcar com os altos custos e tratamentos médicos longos e caros é uma prática que vem se tornando comum em nossos Fóruns e Tribunais, e que, caso seja realmente disseminada sem controle (a continuar a atual tendência jurisprudencial), pode acabar provocando um grande caos financeiro e administrativo em nosso país. De fato, é sabido que o Estado nem de longe possui recursos necessários para proporcionar, a cada um que dele necessita, o devido tratamento médico, e não se pode tentar "a fórceps" retirar esses recursos de um combalido e extremamente deficitário sistema público de saúde.

Portanto, a reserva do possível só poderá ser manejada pelo Estado, em sua defesa, se presente o binômio necessário da não razoabilidade do pleito e a falta de recurso para tanto. Porém, resta a indagação de quais serviços essenciais dispõe o indivíduo, estabelecendo-se parâmetros, e que poderá pleitear em face do combalido Ente Estatal brasileiro, por se constituir em seu direito essencial (de aplicabilidade imediata, conforme artigo 05º, §1º da Constituição Federal de 1.988) e dever estatal o seu fornecimento e que, se não disponibilizado adequadamente, ensejaria a intervenção do Poder Judiciário no Executivo, pleito esse totalmente cabível diante da ameaça ou lesão ao direito social fundamental à saúde (de acordo com o que preceitua o artigo 05º, XXXV da nossa Lei Maior), e que possa ferir, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que ficou conhecido, doutrinariamente, conforme bem lembrado por Canotilho (2.002) pelas expressões "pilar

fundamental, “coroamento” ou “terceira dimensão” do Estado de Direito, a possibilidade da proteção judiciária individual do cidadão lesado em seus direitos fundamentais, por uma instância independente que corrija essa violação, por meio de um procedimento justo e que respeite as garantias legais (como, por exemplo, do juiz natural, da igualdade processual das partes e o princípio da motivação das decisões judiciais).

Nesse sentido, lição de Alexandre de Moraes (2.007, p. 78):

Importante, igualmente, salientar que **o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular**, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue (grifo nosso).

Porém, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 não determina as opções de alocação de recursos na seara da saúde, tal incumbência fica a cargo dos Poderes Executivo (principalmente) e Legislativo para a efetivação deste direito social fundamental, o que, nas sábias palavras de Mendes, Coelho e Branco *apud* Oliveira (2.011):

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Na seara da saúde, o Estado brasileiro, de acordo com o artigo 196 da sua Lei Maior de 1.988, possui três modalidades de eficácia jurídica, de acordo com os ensinamentos de Diniz (2.010): negativa, interpretativa e positiva. Nas eficácias negativa e positiva, o Ente Estatal não poderá se omitir no seu dever constitucional de fornecer todos os meios necessários para garantir condições mínimas de atendimento, nesta área, à população, sob pena da caracterização de inconstitucionalidade por omissão. Ainda, no tocante ao tema, impede-se a indevida ingerência na prestação estatal dos serviços de saúde, como, por exemplo, a edição de normas que limitem, retrocedam ou neguem o seu fornecimento (fazendo valer o princípio do não retrocesso social, o qual obriga que o nível alcançado pela sociedade não seja perdido, constituindo-se verdadeiro direito subjetivo de toda a população e dever do Estado^{xiv}). No que se refere ao caráter interpretativo, obriga que o aplicador do Direito, em sua tarefa, considere sempre a proteção da dignidade da pessoa humana.

O dever estatal de prestar saúde à coletividade é uma obrigação constitucional direcionada, principalmente, ao Poder Executivo, que o fará por meio do planejamento e

execução das suas Políticas Públicas econômicas e sociais, sendo que, no caso do descumprimento ou não formulação destas, assim como o não atendimento para se assegurar condições mínimas de dignidade à sua população, autorizará a intervenção do Poder Judiciário para se fazer valer tal preceito previsto em nossa Lei Maior de 1.988, caracterizando-se, desta forma, sua atuação meramente residual ou subsidiária. Ocorrendo desta forma, esse atuar não irá lesar o princípio da separação dos poderes (descrito no artigo 02º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988), o que nas palavras de Oliveira (2.011):

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados.

Portanto, poderá o indivíduo requerer a intervenção judicial somente quando seu direito público subjetivo à saúde não for cumprido adequadamente pelo Ente Estatal, não atendendo às condições mínimas para seu bem estar físico, mental e social, tendo em vista que, por determinação constitucional, o Poder Judiciário deverá zelar pela interpretação e devido cumprimento da nossa Lei Maior, para que não se permita tornar a norma constitucional sem qualquer efetividade prática (a famosa “letra morta”). Nesse sentido, também, poderá ocorrer a atuação judicial quando houver o desvio administrativo na área da saúde que gere despesa exagerada ao Estado, porém que não atenda totalmente a população, ou seja, com efeitos restritos, lesando-se, assim o princípio da eficiência, presente no artigo 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Se os administradores estão adotando e cumprindo as políticas públicas traçadas, nesta seara, mesmo que haja descontentamento da sociedade, não poderá o Judiciário intervir, sob pena da lesão à independência e harmonia dos poderes. Com a adoção deste entendimento, o Poder Judiciário poderá concretizar as Políticas Públicas referentes à saúde e que não estão sendo implementadas pelo Executivo, tornando inócua preceito constitucional nesta seara, ainda, com a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado, quando houver prejuízo comprovado ao jurisdicionado por esse descumprimento^{xv}. Porém, essa intervenção deverá ser limitada para que não haja a intervenção desnecessária no âmbito da discricionariedade e independência da Administração Pública, inclusive com a possível oneração da coletividade (com desequilíbrio das contas públicas) para atender interesses individuais.

O Judiciário poderá sim atuar para garantir ao cidadão condições mínimas existenciais, para que possa viver uma vida com dignidade, até mesmo para fazer valer da sua independência e liberdade de função criativa, conforme lembrado por Mauro Cappelletti *apud* Moraes (2.007, p. 395-396), para efetivar direitos fundamentais, mas o juiz deverá analisar, cuidadosamente, o caso levado ao seu conhecimento, adotando critérios objetivos em seu julgamento (como do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível), pois decisão favorável, individualmente, poderá trazer consequências desfavoráveis para a sociedade brasileira, sendo que doutrinadores defendem a adoção de uma nova visão de discricionariedade administrativa, baseada na teoria do “Garantismo Jurídico”, o que, de acordo com Silva (2.011):

Existe uma divergência entre a normatividade e a efetividade, e o garantismo seria forma de fazer a junção entre elas, garantindo os direitos humanos. Isso vai implicar na necessidade de que só seja permitido ao agente público fazer uso da discricionariedade a partir do momento em que a Administração tiver satisfeito as necessidades básicas dos cidadãos, ou seja, a garantia do mínimo necessário à sua dignidade, representado pelo atendimento aos direitos fundamentais. Com isso, assegurar o mínimo necessário à dignidade humana significa atender às demandas geradas pelos direitos fundamentais das populações, especialmente as mais pobres, e que se constituem nas principais destinatárias das políticas públicas para suprir necessidades vitais de sobrevivência minimamente digna. Do ponto de vista de uma visão garantista do controle da Administração, dado que esta deve atuar, em todos os momentos, tendo a pessoa como centro de suas realizações, cabe ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais.

O Poder Judiciário irá atuar, assim, nas lacunas deixadas pelo Poder Executivo para proteger as condições mínimas de existência do cidadão e que não estão sendo cumpridas adequadamente pelo Estado, conforme seu dever constitucional. Porém, poderá, em muitos casos, se não observados determinados critérios, adotar medidas judiciais injustas a toda sociedade, como, por exemplo, quando Ente Estatal for condenado ao fornecimento individual de tratamento custoso, beneficiando somente aquelas pessoas que ingressaram judicialmente, em detrimento de toda a população que poderá ver comprometido o fornecimento básico e adequado de saúde, conforme demonstram os números trazidos por Barbosa Filho (2.012), a respeito do número crescente de decisões judiciais condenatórias da União, nesta seara, de acordo com a tabela abaixo:

Tabela 01: Processos, com condenações (valores empenhados), ajuizados em face da União, pleiteando ações na área da saúde

EXERCÍCIO	QUANTIDADE DE NOVOS PROCESSOS	VALOR EMPENHADO (R\$)
2007	679	17.530.346,45
2008	2.273	47.660.885,29
2009	1.782	83.165.223,93
2010	1.294	124.103.206,10
2011	1.935	198.953.470,14
TOTAL	8.553	482.094.790,20

Fonte: BARBOSA FILHO, Nilson Rodrigues. [Direito à saúde no Poder Judiciário](#). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3459, 20 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23288>>. Acesso em: 04 out. 2.015.

Essa intervenção cada vez maior do Poder Judiciário, conhecido, doutrinariamente, como “Ativismo Judicial” ou “Governo dos Juízes”, vem agravando economicamente, principalmente, os estados-membros e os municípios brasileiros no fornecimento adequado de medidas básicas de saúde a toda população, pois as despesas públicas deverão ser direcionadas ao cumprimento de crescente número de decisões judiciais condenatórias na aquisição de medicamentos custosos, assim como no fornecimento de tratamento a parcela restrita da sociedade, o que é chamado de micro-justiça, pois é a análise e concessão dada pelo juiz ao caso postulado judicialmente, desconsiderando a repercussão indireta de sua decisão aos demais usuários do sistema (macro-justiça). Assim, atualmente, doutrinadores entendem que, ao prolatar sua sentença, o magistrado deverá responder alguns questionamentos^{xvi} para que não venha somente a beneficiar restrita camada da população que recorre ao Judiciário, comprometendo, ainda mais, o planejamento adotado pelo Executivo em suas Políticas Públicas, como, por exemplo: o mesmo tratamento requerido pelo autor da ação, o Estado teria condições econômicas de arcar para todos aqueles que se encontram na mesma situação? Sendo negativa a resposta, entendemos que não deverá ser concedido o pedido proposto, pois, do contrário, haverá lesão ao princípio da isonomia presente em nossa Lei Maior e que deverá reger toda a Administração Pública, já que deverá disponibilizar igual quota-parte na prestação fornecida judicialmente para todos os necessitados e carecedores do tratamento ou

medicamento e que não se valeram da via judicial. Nesse sentido, entendimento do Supremo Tribunal Federal *apud* Barbosa Filho (2.012), exarado pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, ao se manifestar sobre a Suspensão de Segurança 3.741/2.009, que tinha como objeto a concessão liminar, pelo município de Fortaleza/CE, de medicamento, solicitado por meio de mandado de segurança individual:

[...] Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. **Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica** (grifo original do autor).

O julgador deverá, ainda, segundo doutrinadores, se valer da chamada “reserva de consistência”, expressão essa cunhada por Haberle, conforme ensinamento de Oliveira (2.011), o que, de acordo com a qual, a decisão judicial, na seara da prestação dos direitos fundamentais sociais, aí incluída a saúde, necessita ser fundamentada na disponibilidade de recurso, assim como dos meios para a sua adequada efetivação pelo Estado, ou seja, o magistrado deverá trazer aos autos a motivação da sua conclusão sobre a concessão do pedido formulado pelo jurisdicionado, evitando-se, assim, a lesão de direitos como também a onerosidade excessiva e desnecessária da máquina pública, o que, com base no ensinamento daquele primeiro doutrinador (*apud* Oliveira, 2.011), pode ser resumido tal pensamento da seguinte maneira:

Colocado no tempo, o processo de interpretação é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorbehalt der Bewährung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.

Além disso, entendemos que o fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário deverá se ater aos caracterizados como obrigatórios, reconhecidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e distribuídos de maneira gratuita, segundo as Políticas Públicas adotadas pela Administração Pública, concretizadas por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e da Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (REMUNE), instituídas pela Portaria 3.916/1.998, do Ministério da Saúde. O não fornecimento pelo Estado do remédio previsto em lista divulgada pelos entes federativos (constantemente atualizada), gera lesão ao direito público subjetivo, podendo qualquer lesado reivindicá-lo judicialmente, não caracterizando, assim, ingerência do Poder Judiciário sobre o Executivo.

Haverá indevida intervenção, ao contrário, quando for determinado judicialmente o fornecimento de medicamento em fase experimental, de eficácia farmacêutica ainda duvidosa, sem qualquer registro junto àquela autarquia federal^{xvii}, acarretando a onerosidade excessiva à Administração Pública, pois a aquisição individual do remédio impossibilita a negociação e, por consequência, o seu barateamento, o que não acontece com os constantes na lista obrigatória, que passam por processo de licitação e são adquiridos em grande quantidade, gerando custo menor ao Ente Estatal.

Situação freqüente outra que caracterizaria indevida intervenção do Poder Judiciário seria a decisão judicial que determina o fornecimento de medicamento específico mais custoso, existindo outro similar ou genérico com o mesmo princípio ativo e com efeito científico comprovado na lista fornecida pelos entes federativos caracterizados como obrigatórios, conforme reportagem extraída do Valor Econômico *apud* Barbosa Filho (2.012), no ano de 2.008:

Outros casos revelam que mesmo quando a condenação recai sobre princípio ativo incluído na RENAME, a determinação judicial especifica medicamento mais custoso que outros com a mesma eficácia. Este foi o apontamento da Secretaria de Estado do Rio Grande do Sul em relação às condenações judiciais ao fornecimento do medicamento interferon para hepatite C, que mesmo possuindo a mesma eficácia e princípio ativo de outras drogas constantes na lista de medicamentos do Estado, custava aos cofres públicos 26 vezes mais que os similares.

Outro requisito que deverá ser aferido pelo Poder Judiciário ao decidir sobre a concessão de tratamento ou de medicamento de alto custo é o da condição econômica do requerente e do seu grupo familiar, para se fazer valer do princípio constitucional da igualdade (material), pois uma pessoa que tem uma renda familiar que é inferior ao valor do remédio não tem a mesma capacidade econômica daquela que possui proventos capazes de adquirir o mesmo fármaco, sem onerá-la, assim como a sua família, em suas necessidades essenciais, podendo ser levado em conta, nesta averiguação, o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) e as declarações de imposto de renda do solicitante^{xviii}, como também dos seus membros familiares, critério utilizado, atualmente, em benefícios assistenciais do governo federal, como bolsa família. A entidade familiar deverá ser analisada na questão de saúde, diante da obrigação legal e moral de cuidado entre os seus membros, o que não haveria razão esta de existir se impusesse, de maneira direta, o dever do Estado de tratamento ou fornecimento de medicamento, comprometendo toda a entidade social. Nesse sentido, o ensinamento de Barbosa Filho (2.012):

Impor à coletividade um sacrifício ao qual a família não irá se submeter importa em subversão de valores, em conceder garantias à proteção da família sem lhe exigir qualquer dever de cuidados no âmbito de suas relações. A base da sociedade restaria, pois, desprovida de função.

Assim, podemos concluir que o direito à saúde é um direito fundamental de todos, baseado no seu acesso universal e igualitário, constituindo um dever dos entes federativos brasileiros o seu fornecimento adequado à população, por ser uma norma programática, e que, diante da abstração do seu conceito e até mesmo qual a medida deste, constitui importante discussão doutrinária e jurisprudencial reinante em nosso ordenamento jurídico, até mesmo diante da invocação pelo Estado, em seu favor, do equilíbrio financeiro e da cláusula da reserva do possível e do indivíduo que necessita de atendimento nesta área, lançando mão do argumento da garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

A saúde, conforme visto, deve ser garantida de maneira mais ampla possível, por meio de Políticas Públicas sociais e econômicas formuladas e implementadas pelo Estado, através do Poder Executivo e do Legislativo, e não somente através de um simples tratamento da doença ou fornecimento do medicamento, e que por se tratar de direito público subjetivo, deve ser reivindicado por todos, inclusive se utilizando do Poder Judiciário para se garantir a aplicabilidade deste direito fundamental, restabelecendo a sua integridade, por meio de uma instância independente, o que, se não disponibilizado adequadamente pelo Ente Estatal, acarretará inconstitucionalidade por omissão.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, o Judiciário passou a ter maior participação nos rumos da sociedade brasileira, quando previu, expressamente, em seu artigo 5º, XXXV, que nenhuma lei excluirá da sua apreciação lesão ou ameaça a direito. Porém, diante do distanciamento entre a classe política e a população, os tribunais brasileiros cada vez mais estão sendo acionados pelo jurisdicionado (como se demonstrou) para o exercício de suas atribuições legais, o que ficou conhecido pela doutrina como “governo dos juízes” ou “ativismo judicial”, pois, diante da omissão dos poderes legitimados, os cidadãos não obtiveram do sistema público de saúde, por vias normais, o tratamento adequado ou o fornecimento do medicamento, não se constituindo indevida intervenção no Poder Executivo, desde que haja inércia deste, devendo-se sempre observar a realidade (diante da falência do Estado brasileiro) e o que dispõe nosso ordenamento jurídico acerca da efetivação e aplicabilidade dos chamados direitos sociais fundamentais, poderá o magistrado atuar, conforme ensinamento de Cunha Junior *apud* Vieira (2.011), como um verdadeiro *Law-Maker*, o que acontece, em muitos casos, com a determinação do cumprimento efetivo das Políticas Públicas

já existentes, não havendo qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes nesse seu atuar, mas sim a concretização do verdadeiro Estado Democrático de Direito, cujo poder soberano é uno e tem o dever (missão) constitucional de fornecer ao seu povo o bem-estar.

Porém, essa utilização das vias judiciais, de maneira exarcebada, poderá trazer consequências negativas para a população, pois poderá desequilibrar e comprometer o uso racional e eficiente dos recursos existentes e planejados administrativamente na saúde, colocando em risco a própria sustentabilidade do sistema como um todo. E neste conflito trazido ao Judiciário, o juiz deverá analisar não somente as informações expostas pelo cidadão, mas deverá levar em consideração as consequências sociais (macro-justiça) que sua decisão poderá acarretar ao se fazer justiça no caso em concreto (micro-justiça), como, por exemplo, a desestruturação do planejamento feito pela Administração Pública nesta seara. Além disso, deverá se verificar que a concessão de medida judicial ficará restrita, em muitos casos, a determinado grupo social (geralmente classe média) que possui condições econômicas e acesso ao conhecimento, negando a prestação à maioria da população que não tem possibilidade (por diversos fatores) sequer de ingressar no Judiciário.

Portanto, a atuação do Poder Judiciário será lícita se for excepcional na efetivação do direito à saúde, desde que todos os outros meios ordinários para a sua concretização não surtam efeito, além de se verificar outros requisitos subjetivos no caso em concreto (como a condição econômica do postulante e de sua família), exercendo a atuação judicial como um verdadeiro controle ao exercício dos Poderes Executivo e Legislativo, senão chegaremos ao ponto absurdo que a decisão judicial, nesta seara, valerá mais que a palavra do médico. Lado outro, a Administração Pública deverá realizar concretamente as Políticas Públicas dentro da reserva do possível e do equilíbrio financeiro, não podendo usar indiscriminadamente desta cláusula em sua defesa, diante do pedido judicial razoável do cidadão, sob o fundamento de que o orçamento já está comprometido e os recursos financeiros são escassos (sem a sua devida comprovação), para o descumprimento de seu dever constitucional, assim como do princípio da separação dos poderes para frear a atuação do Judiciário, sob pena de caracterizar-se a inconstitucionalidade por sua omissão e lesão ao núcleo da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da sua personalidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Nilson Rodrigues. [Direito à saúde no Poder Judiciário](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3459, 20 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23288>>. Acesso em: 04 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1.988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 23 jan. 2016.

_____. Lei número 8.080, 19 de setembro de 1.990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em 23 jan. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 05 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2.002.

DINIZ, Moisés Ferreira. [Aspectos do direito à saúde e sua efetivação pelo Judiciário](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2709, 1 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17952>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2.007.

OLIVEIRA, Tayanne Martins de. [A judicialização da saúde: atuação do Judiciário para efetivação de garantia constitucional](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2895, 5 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19240>>. Acesso em: 13 out. 2015.

SILVA, Victor Manoel Romero da. [Efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3087, 14 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20633>>. Acesso em: 15 out. 2015.

VIEIRA, Artur Alves Pinho. [Direito social à saúde e atuação do Judiciário](#). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2926, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19489>>. Acesso em: 06 out. 2015.

ⁱ Ao comentar sobre os direitos sociais serem caracterizados como normas programáticas nas atuais Constituições, o mestre português Canotilho (2.002, p. 470-471) afirma que: “[...] A relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes. Todavia, sob o ponto de vista jurídico, a introdução de direitos sociais nas vestes de programas constitucionais, teria também algum relevo. Por um lado, através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização”.

ⁱⁱ Os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1.988, como a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, são normas de ordem pública, de observância obrigatória (imperativa) pelo Estado, para melhorar a qualidade de vida dos hipossuficientes e, assim, atingirem a igualdade social. Além disso, conforme leciona Alexandre de Moraes (2.007), a inclusão dos direitos sociais no título constitucional dos direitos e garantias fundamentais trouxe duas consequências jurídicas, quais sejam, a sua auto-aplicabilidade (prevista no artigo 5º, §1º da Lei Maior), assim como a possibilidade de utilização do mandado de injunção quando houver a omissão na regulamentação dos mesmos pelo Poder Público, com a inviabilização do seu exercício.

ⁱⁱⁱ A responsabilidade dos entes federativos brasileiros, na efetivação do direito social à saúde, é solidária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), concretizado por meio do julgamento do Agravo Regimental em Suspensão de Liminar número 46/PE (*apud* BARBOSA FILHO, 2.012), *in verbis*: EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. **Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde.** Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso).

^{iv} Ao comentar sobre o tema “direitos sociais”, no tocante a sua previsão legal e, por consequência, a sua aplicabilidade pelo Estado para satisfazer o cidadão, Canotilho (2.002, p. 473) aduz que: “Com base na indiscutível dimensão subjectiva dos direitos ‘sociais’ afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever de o Estado criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?”.

^v O princípio da dignidade da pessoa humana está presente no artigo 1º, III, assim como nos artigos 170, 226, §7º e 230, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, assim como serve de fundamento a diversas outras legislações estrangeiras, tais como as Leis Maiores de Portugal e da Alemanha, além da sua previsão no preâmbulo da Carta das Nações Unidas (1.945) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1.948). Tal preceito, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se fonte interpretativa do nosso ordenamento jurídico, tornando-se uma diretriz ao legislador e ao intérprete ao aplicar as normas jurídicas.

^{vi} Os direitos econômicos, sociais e culturais e respectiva protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais. Consideram-se pressupostos de direitos fundamentais a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais. Estes pressupostos são pressupostos de todos os direitos fundamentais. Algum deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento económico e o nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os Realien (os “dados reais”) condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos (CANOTILHO, 2.002, p. 469).

^{vii} As Políticas Públicas são diretrizes de ação traçadas pelo Poder Público para reger sua relação com a sociedade, normalmente envolvendo a aplicação de recursos públicos no atendimento dos direitos fundamentais da população.

^{viii} Sobre o tema, Fontes (*apud* OLIVEIRA, 2.011) afirma que: “esta consagração dos direitos sociais no texto constitucional, contudo, gerou uma contradição com a realidade social, na medida em que séculos de negligência estatal criaram um enorme contingente de marginalizados, que exigem cada vez mais políticas e serviços públicos, ao passo que os administradores não são capazes de dar efetividade ao texto constitucional e fazer frente a essa demanda por direitos”.

^{ix} Conforme afirmado por Vieira (2.011), há doutrinadores (dentre os quais Canotilho e Marcelo Novelino) que defendem que não poderá ser utilizada a tese da reserva do possível ao tratar de se garantir o mínimo existencial, já que são requisitos essenciais para uma vida digna.

^x Nesse sentido, as palavras de Octávio Luiz Motta e Fabíola Sulpino Vieira (*apud* DINIZ, 2.010) que entendem que sempre será necessário fazer escolhas na área de saúde, pois: “por mais recursos que se destine à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde de uma população, esteja ela em país economicamente desenvolvido ou em desenvolvimento como o Brasil”.

^{xi} No tocante à invocação da cláusula da “reserva do possível” injustificadamente pelo Ente Estatal, Oliveira (2.011) traz decisão da relatoria do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no seguinte sentido: “[...] a cláusula da ‘reserva do possível’ ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]”.

^{xii} O princípio da separação dos poderes, cuja ideia foi defendida por Aristóteles, John Locke, Rousseau e Montesquieu e formalizada, inicialmente, pela Constituição americana de 1.787 e da França (1.789), essa última transformando-o em verdadeiro dogma, em seu artigo 16, cujo objetivo inicial seria a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governo totalitário, o que, nas palavras daquele último iluminista, conforme lembrado por Mendes, Coelho e Branco (*apud* VIEIRA, 2.011), afirma que “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos”. Ou seja, evita-se a concentração dos poderes do Estado em um só centro para assim se assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nos tempos atuais, essa ideia é reforçada, ainda, pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), onde cada poder estatal se torna responsável pela fiscalização dos outros, a fim de se evitar abusos das autoridades ali investidas. Nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 prevê esse sistema (em seu artigo 02º) com o fito de evitar o arbítrio e o desrespeito dos direitos fundamentais, o que, de acordo, ainda, com Montesquieu (*apud* MORAES, 2.007, p. 396), para que houvesse o tão-desejado equilíbrio entre os Poderes “precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir... Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto”.

^{xiii} Sobre o tema, porém, sob a realidade portuguesa, Canotilho (2.002, p. 512-513) afirma que: “Os tribunais não são órgãos de conformação social activa. Também o não é o Tribunal constitucional. Nos casos mais significativos em que este Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre direitos sociais em sede de fiscalização abstracta – Ac. 39/84, Caso do Serviço Nacional de Saúde, Ac. 151/92, Caso do Direito à Habitação, Ac. 148/84, Caso das Propinas Universitárias – considerou-se que: (1) as normas consagradoras de direitos sociais podem e devem servir de parâmetro de controlo judicial, mas que (2) eles ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade. Esta posição é sufragada pela generalidade das jurisprudências constitucionais. Ela transporta, porém, um ponto de partida metódico não inteiramente aceitável: a de que as concretizações legislativas de direitos derivados a prestações, indissociáveis da realização efectiva dos direitos sociais, assentam, na prática, em critérios de oportunidade técnico-financeira e política. Impõem-se, no entanto, algumas notas metódicas. Em primeiro lugar, o Tribunal deve controlar se a actuação legislativa socialmente densificadora de direitos sociais se pauta por critérios reais de realização gradual e não por meros indicadores de iniciativas legislativas (muitas vezes não acabadas). Em segundo lugar, o Tribunal não pode abster-se de um controlo jurídico de razoabilidade fundado no princípio da igualdade. Algumas vezes, os direitos a prestações terão como objecto não tanto pretensões a prestações, mas sim pretensões de defesa por violação do próprio princípio da igualdade. Assim, por ex., a diferenciação de pensões de sobrevivência consoante o cônjuge seja homem ou mulher. Outras vezes, impõe-se o controlo da razoabilidade de soluções legislativas incidentes sobre direitos sociais porque estas soluções violam directamente os próprios direitos sociais. É o que se passa, por exemplo, com o estabelecimento de prazos de caducidade ou de prescrição preclusivos da obtenção de uma pensão de invalidez ou de uma pensão de sobrevivência”.

^{xiv} Ainda, de acordo com o célebre jurista português Canotilho (*apud* VIEIRA, 2.011), o princípio do não retrocesso social determina que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido”. Ou seja, esse preceito veda que as conquistas já obtidas pela sociedade sejam suprimidas pelo governo regente, constituindo verdadeiro direito subjetivo do cidadão a sua manutenção, pois já concedidas, anteriormente, pelo Estado.

^{xv} Os particulares lesados nos seus direitos, designadamente nos seus direitos, liberdades e garantias, por acções ou omissões de titulares de órgãos, funcionários ou agentes do Estado e demais entidades públicas, praticados no exercício das suas funções e por causa desse exercício, podem demandar o Estado – “responsabilidade do Estado” -, exigindo uma reparação dos danos emergentes desses actos (CRP, artigos 22º, 27º; ETAF, artigo 51º/1/h) (CANOTILHO, 2.002, p. 501).

^{xvi} Ao se manifestar no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, sobre a concessão judicial de medidas na área da saúde, traçou alguns requisitos que deverão nortear o juiz, no caso em concreto (*apud* DINIZ, 2.010): “1. Existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte; Caso já exista uma política pública, o direito subjetivo público a essa política aparece como evidente, sem que ocorra qualquer ofensa à separação dos poderes, já que caberá ao Judiciário, ponderando os interesses e valores do caso posto, tentar fazer prevalecer a decisão política fundamental. 2. Qual o motivo da não prestação: a) omissão legislativa ou administrativa; b) decisão administrativa de não fornecê-la ou; c) vedação legal ao seu fornecimento; Sobre a existência de motivação do SUS para o não fornecimento deve ser levado em conta o seguinte: b.1 - O SUS fornece o serviço ou medicamento, mas não é adequado a determinado paciente. Caso exista a opção de escolha de tratamento, o Min. Gilmar Mendes entende que, em geral, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS - sempre que não comprovada a sua ineficácia ou impropriedade - em detrimento da opção diversa escolhida pelo paciente. Assiste razão o entendimento do Min. Gilmar, visto que não faz sentido obrigar o Poder Público a pagar por medicamentos estranhos à sua política quando tem à disposição outro que produz efeitos similares. b.2 - o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada doença. Neste caso, o tratamento requerido poderá ser: b.2.1- tratamento puramente experimental (sem comprovação científica de sua eficácia) - aqui não cabe, em regra, a condenação do Estado no seu fornecimento, já que nunca foram avaliados ou aprovados e o acesso deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos; b.2.2 - tratamentos não testados pelo SUS. Quanto ao seu fornecimento, é vedado à Administração Pública fornecer medicamento sem registro na ANVISA - Agência Nacional de Saúde, embora em hipóteses excepcionais a Lei 9.782/99 permita o uso de medicamento por meio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”.

^{xvii} Em hipóteses de recente descoberta de doença, onde o tratamento se encontra em fase de desenvolvimento, não possuindo, ainda, medicamento registrado pela ANVISA, entendemos que o juiz deverá se ater às peculiaridades do caso sob julgamento e, somente com robusto subsídio técnico, conceder a tutela jurisdicional pretendida.

^{xviii} Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), trazida por Barbosa Filho (2.012): “MANDADO DE SEGURANÇA. MEDICAMENTO. Hipossuficiência econômica. Não configuração Embora tenha a impetrante trazido aos autos relatórios médicos aptos a comprovar sua má condição de saúde, **não fez a recorrente prova de não ter condições de arcar com os custos de seu tratamento. Ausência de direito líquido e certo.** Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP – Apel. em MS, n. 959.075.5/8-00, DJ. 30.12.2009, Rel. Vera Angrisani, grifo nosso).