

# **A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE À LUZ DOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: SOLUÇÕES PALIATIVAS ATÉ QUANDO?**

THE JUSTICIABILITY OF THE SOCIAL RIGHT TO HEALTH OVER THE 25 YEARS OF THE CONSTITUTION OF 1988: PALLIATIVE SOLUTIONS UNTIL WHEN?

**Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>1</sup>**

**Ingrid Cunha Dantas<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo delinear o tema da judicialização do direito social à saúde ao longo dos vinte e cinco anos da Constituição de 1988. Para tanto, percorreremos um caminho que vai desde o reconhecimento da força normativa dos direitos sociais até o entendimento de nossas Cortes Superiores quanto à possibilidade de sua tutela, suscitando ao longo de tal percurso as possíveis controvérsias que possam estar envolvidas. Temas como o do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível serão tratados para uma melhor compreensão da questão. Por fim, elencaremos algumas críticas atinentes à judicialização do direito à saúde, bem como à atuação do Poder Executivo nessa seara, de modo a viabilizar uma visão multidimensional da matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Sociais; Direito à saúde; Judicialização; Constituição de 1988

## **ABSTRACT**

This article aims to outline the theme of the justiciability of the social right to health over the twenty-five years of the Constitution of 1988. Therefore, we will travel a path that goes from the recognition of the normative force of the social rights to the understanding of our High Courts as to whether its tutelage is possible, posing along this journey possible controversies that may be involved. Themes such as the Minimum Existential and the Reserve for Contingencies will be treated to a better understanding of the issue. Finally, we will go through some flak related to the justiciability of the right to health, as well as to the actuation of the Executive Power in this area, in order to enable a multidimensional view of the matter.

**KEYWORDS:** Social Rights; Right to Health; Justiciability; Constitution of 1988

## **1. INTRODUÇÃO**

O aniversário de vinte e cinco anos da Constituição Federal de 1988 colocou em relevo e implementou o necessário debate a cerca das efetivas conquistas, bem como dos retrocessos evidenciados ao longo de sua vigência. Nesse contexto de ampla profundidade

---

<sup>1</sup>Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto IV de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

<sup>2</sup> Pesquisadora no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG.

reflexiva, em especial no tocante a matérias de Direito Constitucional, a questão atinente a judicialização do Direito Social à Saúde assume importante destaque por se constituir em verdadeira inovação no constitucionalismo brasileiro, motivando várias discussões em nossos Tribunais Superiores, assim como entre juristas e doutrinadores em geral.

Como direito de todos e dever estatal, inserido no bojo dos direitos fundamentais e estreitamente ligado à vida e à própria noção de dignidade humana, o direito social à saúde inseriu no seio da sociedade a demanda por sua efetivação. Esta, por sua vez, ao lado da normatividade conferida constitucionalmente a tais direitos<sup>3</sup>, ensejou uma crescente adjudicação de demandas envolvendo a entrega de medicamentos e concessões de serviços médicos.

Nessa seara, com o intuito de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde, proliferaram-se decisões judiciais determinando à Administração Pública o fornecimento gratuito de diversos medicamentos. À título de exemplo, foi constatado, em pesquisa empírica<sup>4</sup>, que o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a 85% das lides envolvendo a concessão de medicamentos para o tratamento da AIDS entre Janeiro de 1997 e Junho 2004. Já o Ministério da Saúde em 2010 gastou cerca de R\$132,58 milhões com a compra de medicamentos de alto custo cujo fornecimento fora determinado judicialmente. Em 2011 o Estado de São Paulo gastou em torno de R\$ 57 milhões por mês com o cumprimento de decisões judiciais relacionadas à saúde. Além disso, nos termos do balanço do Conselho Nacional de Justiça realizado em 2011, mais de 240 mil processos judiciais na área da saúde tramitam atualmente no Brasil (CORDEIRO, 2012).

Sem prejuízo das boas intenções dos nossos magistrados, bem como da relevância da proteção a tal direito, esse “*ativismo judicial seletivo*”, realizado de forma discricionária e sem critérios, pode levar ao colapso do sistema que pretende garantir. Isso porque, a implementação do direito prestacional à saúde exige, em vista dos naturalmente escassos e limitados recursos econômicos estatais, a realização de escolhas *trágicas*, de modo que a Administração Pública se vê constantemente impelida a eleger prioridades entre demandas igualmente legítimas (SARMENTO, 2010, p. 555-556).

Ao interferir nas decisões alocativas estatais, o Judiciário retira parcela do montante destinado à implementação do serviço de saúde pública para realizar o interesse individual envolvido na lide. Essa situação, se tornada à regra e mais não a exceção, nos termos inclusive

---

<sup>3</sup> CR/88, Art. 5º, § 1º - “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>4</sup> O estudo foi realizado em 2004 e envolveu todas as decisões do TJ-SP relacionadas a casos de pedidos de concessão de remédios para tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004. (PET-FD-USP, 2004 apud SILVA, 2010, P.594)

aventados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>, poderá levar ao colapso da contituidade das políticas públicas de saúde, tornando uma tarefa *hérculea*, se não impossível, a organização da atividade administrativa e a alocação racional dos recursos públicos. Teríamos, portanto, uma verdadeira afronta à garantia Consitucional do acesso **universal e igualitário** ao sistema de saúde pública, já que o direito à saúde passaria de direito de todos, a direito de alguns jurisdicionados (SARMENTO, 2010, p. 556).

Percebe-se, dessa forma, um inequívoco paradoxo no tocante à judicialização do direito social à saúde, que, se não trabalhado à luz de uma perspectiva sistemática na Constituição, pode levar a um entendimento contrário à função dos direitos sociais. É nesse sentido que se desenvolverá o presente ensaio, o qual pretende delinear criticamente a caminhada doutrinária e jurisprudencial no tocante à tutela judicial do direito à saúde ao longo dos 25 anos da Constituição, a qual será concebida a partir da unicidade do sistema de proteção aos direitos fundamentais<sup>6</sup>.

## **2. O DIREITO SOCIAL À SAÚDE: DE NORMA PROGRAMÁTICA A DIREITO SUBJETIVO *PRIMA FACIE***

Partimos, agora, para uma análise do percurso normativo percorrido pelos direitos sociais ao longo da vigência da Constiuição Democrática, perpassando desde o seu recebimento como norma programática, até o seu reconhecimento como direito subjetivo *prima facie*.

---

<sup>5</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º)- RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal (...) **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (BRASIL, 2006)**

<sup>6</sup> “Com efeito, de uma leitura sistêmica da Constituição de 1988 não se verifica hierarquia jurídica ou mesmo axiológica entre direitos de defesa e direitos prestacionais, ou de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais. Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e da interdependência das “gerações” ou dimensões de direitos fundamentais. (BRANDÃO, 2010, Pag. 463-64)

## 2.1 DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS PROGRAMÁTICAS

Nesse sentido, no tocante à vinculatividade das normas de direitos sociais, em especial do direito à saúde, a visão brasileira tradicional, influenciada pela *auto-contenção judicial*<sup>7</sup>, que direcionou a atividade judiciária no período anterior a Constituição de 1988, entendeu estar diante de normas programáticas. Nesse sentido, os direitos sociais seriam instituídos por normas de baixa efetividade, meras diretrizes ou planos políticos à atuação estatal que não vinculam suas condutas. Os direitos sociais foram tratados, assim, como questão de ordem interna do decisionismo político do Estado, em especial dos Poderes Legislativo e Executivo, não se mostrando cabível ao Judiciário intervir em questões atinentes à implementação e execução de políticas públicas.

Ainda no que diz respeito a tal entendimento, posterior perspectiva, notadamente mais ampla, foi desenvolvida pela doutrina. Passou-se a entender que os direitos sociais não representavam apenas diretrizes ou balizas à atuação estatal, mas exigiam um nível adequado de concretização que deveria ser levado a cabo pelas autoridades políticas (SARMENTO, 2010, p.580). Apesar do notável avanço doutrinário, permanece a impossibilidade de tutela judicial dos direitos sociais, entendimento que, a nosso ver, não se mostra acertado.

Isso porque, como bem salienta Daniel Sarmiento, “conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais” (SARMENTO, 2010, p. 566). Tal situação não se mostra compatível, nem razoável com o a opção do constituinte originário, que não apenas elevou os direitos sociais ao *status* de direitos fundamentais, como determinou a sua aplicabilidade imediata. Faz-se necessária, portanto, uma melhor “adequação e caracterização” dos direitos sociais (FERNANDES, 2013, p. 580), tendo em vista a sua essencialidade, que, especificamente no que tange ao direito à saúde, encontra-se estreitamente ligada ao direito à vida.

## 2.2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS NÃO SUBJETIVOS

Outro posicionamento doutrinário defendido entre juristas brasileiros, consiste na concepção de direitos sociais como direitos não dotados de dimensão subjetiva. Nesse sentido, as normas de direitos sociais não outorgariam possibilidades jurídicas em face do

---

<sup>7</sup> Conforme explica Luís Roberto Barroso, o auto-contencionismo é marcado pela não ingerência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, “restringindo o espaço de atuação da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”. (BARROSO, 2008, p. 7)

Estado, obstando a exigência judicial de prestações positivas fundamentadas no direito individual à saúde.

Não obstante, o controle judicial sobre a consecução dos direitos sociais não foi de todo negado. Esse, por sua vez, foi reconhecido no tocante ao exame da razoabilidade e adequação das políticas públicas implementadas, viabilizando, ainda que de forma limitada, um controle da efetiva atuação do Estado na concretização dos direitos sociais.

Conforme já se observou, mostra-se inequívoco o avanço de tal entendimento no que tange “o caminhar para” que vem se desenvolvendo no tocante a tutela do direito social à saúde. Entretanto, ele ainda se mostra insuficiente.

Não foi despropositadamente que a Constituição de 1988 inseriu o direito social à saúde no âmbito dos direitos fundamentais, direitos esses que radicam na própria noção de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é inconcebível desvincular a titularidade do direito à saúde do indivíduo, sob pena de se estar contrariando todo o sistema normativo da Constituição, que apresenta como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>.

### **2.3 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS DEFINITIVOS**

Certo é que os entendimentos até então estudados pecaram por uma tutela insuficiente dos direitos sociais, seja por considerá-los meros direcionamentos políticos ao Estado, seja por retirar sua titularidade do indivíduo.

A visão que se passa a observar no presente momento, por sua vez, falhará por seu excesso de ambição. Nesse contexto, os direitos sociais foram considerados direitos subjetivos definitivos, ensejando a exibibilidade incondicional de prestações positivas estatais.

Nota-se que a perspectiva em voga desconsiderou, no tratamento da matéria, o princípio democrático e a separação dos poderes, bem como a escassez dos recursos econômicos estatais inerente à questão, estabelecendo uma garantia além das possibilidades fáticas conferidas pelo ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao argumento democrático, analisado em uníssono com a teoria da separação dos poderes, garantir um direito subjetivo definitivo em matéria de direitos sociais, representaria uma clara afronta a primazia da atuação legislativa e executiva na implementação e concretização de tais direitos. Nesse sentido, o Judiciário passaria a ser o

---

<sup>8</sup> Nessa seara, para alguns, estaríamos diante de um **meta-princípio** da dignidade da pessoa humana, porquanto consistente em núcleo de irradiação “de valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais” (FERNANDES, 2013, p. 360). Complementando tal entendimento, Ingo Sarlet ressalta ainda a “função *integradora e hermenêutica* do princípio da dignidade da pessoa humana que serviria de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2006, p. 106).

centro de decisões e escolhas alocativas estatais, configurando uma inequívoca usurpação de funções dos Poderes Públicos investidos de legitimidade democrática para tanto.

Cabe ainda ressaltar que o entendimento ora em questão também não se coaduna com a questão atinente a escassez de recursos, os quais são naturalmente limitados e, portanto, insuficientes à realização dos direitos sociais em sua máxima medida.

## 2.4 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS *PRIMA FACIE*

Por fim, passamos a apresentar a tese que recebe o maior número de adeptos entre os juristas pátrios.

Para essa corrente, atrelada à teoria de Alexy (2004, p. 69-88), Borowsky (2003, p. 148-186), dentre outros<sup>9</sup>, os direitos sociais são direitos subjetivos *prima facie*, que em função de sua natureza principiológica, sujeitam-se a um processo de ponderação à luz do caso concreto, anterior ao seu reconhecimento como direitos definitivos.

Em tal ponderação devem ser contrapostos de um lado, o direito social em questão, do outro, princípios constitucionais como o da democracia, bem como os direitos fundamentais de terceiros que possam ser afetados. O resultado deve estar amparado na máxima da proporcionalidade e em suas sub-regras<sup>10</sup>, podendo reconhecer ou não o caráter definitivo do direito social, assim como sua consequente possibilidade de tutela judicial. Nesse sentido, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2004, p. 161).

Portanto, tal linha teórica acaba por considerar, na visão dos seus autores, a essencialidade do direito em questão, sem negligenciar, no entanto, as garantias constitucionais da democracia e da separação dos poderes, assim como a inevitável escassez de recursos estatais, trazida à lume sob o argumento da reserva do possível.

Não obstante, o presente entendimento não se encontra isento de críticas. Como bem salienta Daniel Sarmento, a questão não se resume à ponderação (sopesamento), que se feita “desacompanhada de *standards* que a estruturam e limitem, pode transformar-se numa “caixa

---

<sup>9</sup>Tais como Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Bernal Pulido, Miguel Carbonell e Paulo Gilberto Cogo Leivas (SARMENTO, 2010, p 567).

<sup>10</sup>Gilmar Mendes no HC n° 82.424/RS explicita as sub-regras da proporcionalidade, conforme se passa a observar: “(...) São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: **a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.** (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto) (...)” (FERNANDES, 2013, p. 235). Para uma crítica ao princípio da proporcionalidade: (FERNANDES; PEDRON, 2008).

preta”, de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo”(SARMENTO, 2010, p. 568). Nessa seara, diversas são as tentativas de se instituir parâmetros para a atuação judiciária, dentre as quais podemos citar o argumento do mínimo existencial e da reserva do possível<sup>11</sup>.

### **3. DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

No âmbito específico da tutela do direito à saúde, a questão da judicialização dos direitos sociais assume contornos ainda mais dramáticos, haja vista a própria natureza desse direito, estreitamente vinculado à vida, direito inalienável nos moldes da Constituição. Assim, ao se tratar da possibilidade de interferência do Poder Judiciário na alocação de recursos públicos, determinando a concessão de medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados, estamos, necessariamente, diante de uma questão complexa. Isso porque o que está em jogo “é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros” (BARROSO, 2013, p.161), ou, em outras palavras, o direito à vida e à saúde dos jurisdicionados *versus* o direito à vida e à saúde de seus financiadores ocultos, aqueles que deixarão de se beneficiar da política pública que seria desenvolvida pelos recursos realocados (AMARAL, 2010, p. 140), sendo certo que não há solução “juridicamente fácil ou moralmente simples” (BARROSO, 2013, 161) à questão.

#### **3.1 EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES**

É possível delinear, ao longo do desenvolvimento da questão atinente à tutela judicial do direito à saúde no âmbito de nossas Cortes Superiores, um “caminhar para” no tocante ao seu reconhecimento. Nesse sentido, em um entendimento inicial da questão, nossos Tribunais não reconheceram a possibilidade de determinar judicialmente a concessão de medicamentos aos jurisdicionados, perfilhando o entendimento de que tal pretensão não se fundamentava em direito líquido e certo, mas tão somente em normas programáticas, posicionamento esse que se encontra claramente influenciado pela *auto-contenção judicial*, que predominou na atuação Judiciária, sobretudo até o advento da Constituição de 1988. Nesse diapasão, esquivava-se o Judiciário de interferir no âmbito de atuação dos demais poderes, sobretudo no que se relacionava à implementação de políticas públicas, direcionando sua atividade à aplicação das previsões constitucionais que estivessem expressamente sobre seu domínio e deixando a cargo

---

<sup>11</sup> Para outros parâmetros, em especial no tocante ao direito social à saúde, ver também (BARROSO, 2013, p 180-186).

do legislador ordinário especificar e delimitar aquelas que não estivessem (BARROSO, 2008, p.7).

Entretanto, tal orientação não nos parece condunar-se com o texto constitucional vigente desde 1988, pelo o que, certamente, não deveria prosperar (e não prosperou), já que, em vista dos preceitos orientadores do ordenamento jurídico brasileiro, seria incabível limitar o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias políticas do Estado, situação que se demonstra contrária às próprias diretrizes do Estado Democrático de Direito. Assim, não demorou muito para que o Colendo STJ (Superior Tribunal de Justiça) modificasse o entendimento anteriormente perfilhado, fortalecendo-se a jurisprudência<sup>12</sup> no sentido de emitir preceitos pelos quais, diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população hipossuficiente, os necessitados poderiam alcançar o benefício almejado.

Em 1999, o STF também acompanhou tal posicionamento, mostrando-se favorável ao deferimento motivado e contextualizado das pretensões envolvendo a prestação de medicamentos e tratamentos médicos. Nesse sentido, relevante se faz abordar, ainda que de forma breve, o entendimento de tal Corte Superior no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286<sup>13</sup> concernente ao fornecimento gratuito de medicamentos a pacientes portadores

---

<sup>12</sup> RESP 83.800/RS (medicamentos para fenilcetonúria); AGA nº 253938/RS; RMS 11.183/PR (medicamentos para esclerose lateral amiotrófica). Ressalta-se que o novo posicionamento do Colendo STJ foi fruto de uma mudança gradual de entendimento, de modo que, mesmo nas lides em que foi dado provimento à pretensão do jurisdicionado de receber determinado medicamento, ainda podemos notar resquícios do paradigma anteriormente adotado. Nesse sentido, podemos citar, no julgamento do RESP 83.800/RS, o voto do Exc. Relator Ministro Demócrito Reinaldo que, embora vencido, deu provimento ao Recurso Especial ajuizado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra a decisão proferida, em Mandado de Segurança, que deferiu a segurança pretendida pelos requerentes para assegurar o fornecimento periódico dos medicamentos necessários ao tratamento da doença fenilcetonúria. Assim, o voto do Relator, *ipsis litteris*: “Normas programáticas, como ensinam os doutrinadores, “certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação: não delimitando seu objeto, nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização, antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com a legislação integrativa. No máximo, aí, se verifica um interesse simples, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através da legislação interpretativa ou de outra atividade do poder público”. (Hely Lopes Meirelles, ob. Cit. Pág. 157/158).”

<sup>13</sup> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196)- PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA . - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público,** a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar . - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE . - **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental** ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a

do vírus HIV. Entendeu o STF, de forma unânime, pela aplicação imediata da norma do artigo 196 da Constituição, alegando que seu caráter programático não poderia ser aproveitado pelos Poderes Públicos para justificar o inadimplemento do seu dever de promover e implementar políticas públicas voltadas à tutela universal e igualitária do direito à saúde, sob pena de converter a norma em uma “promessa constitucional inconsequente”.

Entretanto, foi no julgamento da célebre ADPF 45<sup>14</sup>, que restou consolidada, no Pretório Excelso, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, emitindo importante precedente jurisprudencial, mormente no que concerne à decisão monocrática formulada pelo Ministro Celso de Mello, que vem sendo frequentemente elucidada pela Corte quando em voga a judicialização dos direitos sociais. Nesse sentido, o Exc. Ministro, sustenta, *ipsis litteris*:

*“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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá 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”.* (BRASIL, 2004, grifo nosso)

Evidente se faz, em vista do trecho supracitado, a adoção pelo STF de posicionamento favorável a um *ativismo judicial seletivo*, de modo que, para além de explicitar o novo paradigma adotado pela Corte Superior do país, foi também por meio do julgamento da ADPF 45 que temas como a reserva do possível e o mínimo existencial assumiram relevo nas instâncias superiores. Nesse sentido, restou consolidado o entendimento de que a proteção da dignidade humana demanda a observância de condições materiais mínimas de existência, sintetizadas sob à égide do mínimo existencial, o qual deve estar contemplado dentro dos alvos prioritários dos gastos públicos. Além disso, restou também ressaltado o necessário vínculo entre o implemento dos direitos sociais e os limites

---

peçoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL, 2000)

14 Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto presidencial sobre o §2º do artigo 55 (posteriormente numerado para artigo 59), da futura lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2004). Segundo o Requerente, qual seja o Partido da Social Democracia Brasileiro – PSDB, o referido veto resultou em lesão a preceito fundamental inserido pela EC 29/2000, que determinou o mínimo de recursos financeiros a serem investidos em ações e serviços públicos de saúde. Entretanto, logo após o veto, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei (posteriormente transformado na lei nº 10.777/2003) restaurando, integralmente, a norma vetada.

orçamentários do Estado, de modo que, constatada a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se pode razoavelmente exigir, a imediata efetivação do comando constitucional. Outrossim, também não é possível colimar de uma inércia ou omissão dos poderes democraticamente constituídos, pelo o que ao Poder Judiciário foi conferido, em bases excepcionais, a prerrogativa de intervir na seara de atuação dos demais poderes, quando da violação dos direitos e garantias constitucionalmente tutelados, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhe haja sido injustamente recusada pelo Estado (CORDEIRO, 2012, p. 190).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal afirmou recentemente, com base no artigo 23, II da Constituição, a responsabilidade solidária dos entes federados no que tange ao direito fundamental à saúde, de modo que deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. Tal entendimento foi perfilhado no julgamento do STA nº 175<sup>15</sup>, em que o Supremo Tribunal Federal instituiu alguns parâmetros essenciais para a solução judicial dos casos concretos envolvendo o direito à saúde<sup>16</sup>. Para tanto, o então Presidente, Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública para ouvir diversos setores da sociedade, dentre os quais podemos citar gestores públicos, profissionais da saúde, operadores do direito e representantes da sociedade civil, em clara tentativa de instituir um maior diálogo entre as instâncias julgadoras e políticas do Estado e a sociedade, a fim de determinar parâmetros para a atuação judicial.

Percebe-se, portanto, uma mudança de paradigma no tocante à orientação jurisprudencial de nossos Tribunais, os quais passaram a adotar uma postura claramente

---

<sup>15</sup> EMENTA: Suspensão de Segurança. 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. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2010)

<sup>16</sup> Conforme se extrai do informativo 579 do STF, temos que: "O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferiu pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. (...) **Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental.** No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que **afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde** (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). **Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos.** (...) Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. Em 17.03.2010. (FERNANDES, 2013, p. 597)

ativista<sup>17</sup> no que diz respeito a tutela do direito à saúde. Nesse sentido, o Judiciário passou a pautar suas condutas no sentido de aplicar a Constituição em suas máximas potencialidades, adotando uma postura de maior participação na concretização do ditames constitucionais mesmo que, para isso, venha a interferir na esfera de atuação dos demais Poderes.

Não obstante, apesar dos inúmeros avanços empreendidos pela jurisprudência de nossas Cortes Superiores, esses não ficaram isentas de críticas que serão analisadas em momento posterior, cabendo, por hora, prosseguir com a análise da judicialização do direito à saúde, bem como dos argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial, frequentemente elucidados pela doutrina como possíveis *standarts* à atuação jurisdicional.

### **3.2 O ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Conforme já fora anteriormente mencionado, os direitos sociais, dentre os quais figura o direito à saúde, são direitos de natureza essencialmente prestacional, ou seja, que demandam um agir positivo do Estado na sua concretização. Para tanto, o ente estatal deve dispender recursos materiais (econômicos) escassos e limitados.

Certo é que, como bem elucidou Stephen Holmes e Cass Sunstein, não apenas a efetivação dos direitos sociais, como a de qualquer direito positivado em nossa ordem constitucional, envolve gastos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). Entretanto, é inquestionável que na seara dos direitos sociais esses são ainda mais vultosos. Nesse sentido e frente às ilimitadas demandas sociais oriundas do cenário brasileiro de ampla desigualdade, a cláusula da reserva do possível vem sendo elucidada em nossos Tribunais como limite à prestação jurisdicional de medicamentos.

Oriunda do direito constitucional alemão, a Cláusula da Reserva do Possível evidenciou sua difusão a partir da conhecida decisão da Corte Constitucional no caso *Numerus Clausus*. Nesse, foi discutida a validade da limitação da oferta de vagas em universidades públicas, entendendo o Tribunal que, embora o direito à educação não encontrasse previsão em seu texto constitucional, a liberdade de escolha profissional demandava em alguma medida a sua observância. Entretanto, afirmou que este direito “se encontrava sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade”. Assim, não caberia ao mero alvedrio do decisionismo

---

<sup>17</sup> “A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2008, p 6).

público a alocação dos recursos e a implementação dos direitos sociais, podendo o indivíduo exigir o cumprimento da prestação estatal dentro dos limites do razoável<sup>18</sup>.

No Brasil, o tratamento da questão assumiu especial relevo na já citada ADPF 45. Nela, Celso de Mello trouxe à lume, ainda que superficialmente, o conceito da reserva do possível, entendendo pela possibilidade do controle judicial de políticas públicas envolvendo direitos sociais quando do seu inadimplemento desarrazoado pelos demais Poderes<sup>19</sup>. Nesse sentido, explica o Excelentíssimo Magistrado 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 econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.”*

Certo é que, tal prerrogativa não pode ser utilizada como esQUIVA à realização dos direitos sociais, de modo que os Poderes Públicos, em suas defesas, devem embasar o argumento da reserva do possível em dados que comprovem a escassez de recursos alegada, *“sob pena de aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”* (BRASIL, 2004).

Estabelecidos os contornos iniciais atinentes à reserva do possível, busca-se agora, à luz do entendimento firmado recentemente pelo jurista Daniel Sarmiento, delinear um conceito constitucionalmente adequado à cláusula ora em análise. Nesse contexto, a reserva do possível deve ser entendida sob dois componentes distintos e complementares: o primeiro relativo ao seu conteúdo fático, o segundo, ao seu conteúdo jurídico (SARMENTO, 2010).

No que diz respeito ao seu **conteúdo fático**, a reserva do possível se relaciona à real e efetiva disponibilidade dos recursos econômicos estatais. Nesse sentido, o jurista faz uma importante contribuição ao observar que a tolerabilidade do impacto econômico da prestação **não** deve ser analisada dentro dos limites da pretensão individual, já que, se assim feita, levaria ao descambo das políticas públicas em matéria de direitos sociais. Tal situação decorre

---

<sup>18</sup> Não obstante, “para a Corte, a avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita em primeira linha, pelo legislador, que deve atender, na administração do seu orçamento também a outros interesses da coletividade, considerando (...) as exigências de harmonização econômica geral”. (SARMENTO, 2010, p. 569)

<sup>19</sup> “(...) não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á (...) a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”. (BRASIL, 2004)

do fato de que mesmo prestações individuais muito onerosas dificilmente representariam grande perda às contas públicas haja vista a sua magnitude. Assim, a cláusula da reserva do possível como parâmetro ao ativismo judiciário se esvaziaria de sentido, já que praticamente todas as demandas seriam providas, ainda que se mostrasse economicamente impossível ao Estado estender a mesma garantia aqueles que estivessem em situação semelhante.

Propõe, então, Sarmiento, que a reserva do possível fática seja trabalhada dentro da *razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes*. Assim, não basta que o Judiciário analise o impacto individual da pretensão, ou seja, a microjustiça, é necessário que estenda seu olhar também à macrojustiça, consubstanciada através da possibilidade de enunciação como regra de que todos os casos semelhantes receberão o mesmo tratamento<sup>20</sup>.

O parâmetro da universalização é fundamental para tornar as ações do Estado coerentes e imparciais, já que evita que apenas os cidadãos que obtiverem sucesso em suas ações judiciais tenham seus direitos sociais efetivados, situação que inverteria a lógica igualitária subjacente aos direitos fundamentais. O que se busca, dessa forma, é uma análise da razoabilidade da própria política pública desenvolvida ou não pelo Estado, sem prejuízo, no entanto, da avaliação das singularidades do caso concreto. Tal entendimento nessa linha teórica visa a “levar a sério” os ditames constitucionais, em especial a garantia da igualdade, a qual ocupa um lugar de especial relevância no tocante à tutela do direito à saúde<sup>21</sup>.

**A reserva do possível jurídica**, por sua vez, deve ser entendida como a existência de previsão legal, notadamente orçamentária, para o Estado incorrer nos gastos oriundos da pretensão demandada. Nesse sentido, observamos um verdadeiro contraponto entre o princípio da legalidade da despesa e a garantia dos direitos fundamentais sociais. Se por um lado é certo que o Poder Legislativo detém legitimidade democrática e maior perícia para determinar a alocação de recursos e definir as prioridades governamentais; por outro, a força normativa da Constituição não deve ser subjugada ao seu mero decisionismo. Conforme enfatiza Daniel Sarmiento, a virtude se encontra no meio.

Assim, em matéria de alocação de recursos, deve ser reconhecida a prioridade do legislador para realizar as “escolhas trágicas” sobre os gastos públicos, sem excluir, no entanto, a possibilidade de adjudicação dos direitos sociais em bases excepcionais<sup>22</sup>. Dessa

---

<sup>20</sup> Ver também em Amaral (2010, P. 183).

<sup>21</sup> Conforme já fora mencionado, o constituinte originário instituiu no art. 196 da Constituição o dever estatal de efetivar o direito à saúde por meio de políticas públicas que visem ao acesso **universal e igualitário** das ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>22</sup> “ (...) a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais previstos de forma principiológica. Trata-se de um fator relevante, mas que

forma, a falta de previsão orçamentária para a realização de despesas atreladas a direitos sociais não deve obstar à sua tutela por via judicial, nem tampouco ser desconsiderada pelo magistrado, devendo ser suscitada no âmbito de ponderação do direito *prima facie*.

### 3.3 A IDÉIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL

A idéia de um mínimo existencial, associado às condições básicas necessárias à fruição da vida humana, encontra-se, hoje, majoritariamente acolhida entre juristas e filósofos políticos, de modo que sua satisfação figura como dever do Estado. Nesse sentido, cabe ao Ente Estatal prover as condições materiais mínimas à população, garantindo não apenas o usufruto de sua liberdade fática, como a consecução de sua dignidade, bem maior e objetivo central do ordenamento jurídico brasileiro<sup>23</sup>.

Duas são as dimensões do mínimo existencial: uma de viés negativo, que opera como limite à atuação do Estado e dos particulares, impedindo a prática de atos que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis para uma vida digna; e outra de natureza positiva, que envolve a exibibilidade da realização de um conjunto essencial de direitos prestacionais (SARMENTO, 2010, p 574-580). Para os fins desse trabalho, voltaremos nossa atenção em especial para o aspecto positivo do mínimo existencial, notadamente no que tange a exibibilidade, via judicial, de uma atuação concreta do Estado no fomento do direito à saúde.

Nesse sentido, conforme já observamos, há um relativo consenso jurisprudencial e doutrinário quanto ao reconhecimento de um direito ao mínimo existencial e que, portanto, deve ser tutelado pelo Estado.

Entretanto, há divergências quanto ao fundamento desse direito, destacando-se três principais vertentes de entendimento. A primeira vincula a satisfação do mínimo existencial ao exercício da liberdade fática, de modo que, sem o atendimento de certas condições básicas, a liberdade se esvaziaria de sentido pela impossibilidade concreta do seu exercício<sup>24</sup>. Para essa corrente, o mínimo existencial encontra sua razão de ser na garantia da liberdade do indivíduo e de sua autonomia, haja vista que de nada adiantaria se falar em liberdade como

---

está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso”. (SARMENTO, 2010, p. 574).

<sup>23</sup> “Daí a ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): (...) A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que **inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência**”. Posicionamento de Ana Paula de Barcellos suscitado pelo Relator Celso de Mello no julgamento da ADPF 45.

<sup>24</sup> “A liberdade, segundo esta visão, não se esgota na ausência de impedimentos externos à ação do agente, envolvendo também a possibilidade real do seu exercício” (SARMENTO, 2010, p. 575). Como adeptos de tal visão, encontramos o filósofo John Rawls e os juristas Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres.

direito fundamental de todos se sua fruição estivesse limitada a uma liberdade formal, evidenciada apenas no papel.

O mínimo existencial possibilitaria, portanto, a necessária conexão entre a letra constitucional e a realidade, garantindo os recursos materiais básicos àqueles incapazes de alcançá-los por meios próprios e viabilizando o exercício de sua autodeterminação. É inquestionável que vivendo sob condições sub-humanas e degradantes, inferiores aos padrões mínimos necessários a uma existência humana digna, não há que se falar em liberdade de escolha, mas em sua falta.

A segunda corrente, por sua vez, trata o implemento do mínimo existencial pelo Estado como uma exigência à proteção dos pressupostos da democracia. Nesse sentido, seria necessário garantir um rol de direitos mínimos que viabilizassem a efetiva participação dos cidadãos no espaço público e sem os quais seria comprometida a sua capacidade real de participar das deliberações políticas do Estado<sup>25</sup>.

Assim, para o exercício de sua cidadania, não basta ao indivíduo que o Estado se proclame democrático, é necessário que, juntamente com o desenvolvimento de um espaço público aberto ao debate, sejam garantidas condições materiais de existência adequadas ao desenvolvimento de um pensamento crítico-reflexivo e socialmente engajado. Portanto, não há como se falar em democracia sem uma participação efetiva e consciente da população nas deliberações políticas do Estado, situação que se inviabiliza frente à ausência de recursos materiais básicos ao desenvolvimento do indivíduo, tornando a democracia uma mera falácia.

Por fim, temos o argumento não instrumental do direito ao mínimo existencial, o qual consideramos ser o entendimento adequado à questão. Deixa-se claro, entretanto, que tal posicionamento não implica em um demérito das posições supracitadas, ao contrário, o que passaremos a defender fundamenta-se também no que já foi exposto, mas propõe um “ir além” por acreditar que, apesar de viabilizar o exercício da liberdade fática e o desenvolvimento da democracia, o mínimo existencial não se limita a uma função instrumental<sup>26</sup>.

Assim, segundo juristas como Paulo Cogo Leivas e Daniel Sarmiento, o mínimo existencial seria um fim em si mesmo, intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, ensejando, no seio do Estado, por sua urgência e gravidade, a necessidade de sua tutela. Não estamos diante de um meio para se chegar a determinado fim,

---

<sup>25</sup> Tal idéia é defendida por pensadores como Jürgen Habermas e juristas como Friedrich Muller.

<sup>26</sup> Para melhor visualizar o posicionamento aqui adotado, recorreremos ao exemplo de Sarmiento (2010, p. 576), qual seja o de um indivíduo que padeça de deficiência mental severa e incurável e que esteja em situação de absoluta falta de recursos materiais. “Poucos discutirão que ele também faz jus à proteção do mínimo existencial, em que pese não fazer muito sentido falar desta garantia como pressuposto para o exercício da sua liberdade material ou do seu direito à participação política”.

seja a democracia, a liberdade ou qualquer outro objetivo estatal, mas de uma densificação do princípio da dignidade humana, notadamente em seu viés positivo (CORDEIRO, 2012, p. 168), uma vez que demanda uma atuação concreta do Estado na promoção do mínimo existencial. Nesse viés, reconhece-se o indivíduo em sua singularidade e individualidade, verdadeiro sujeito de direitos, devendo ser tratado como ser único e respeitado em sua dignidade tal como exige a Constituição.

Isso posto, resta claro que o mínimo existencial constitui indeclinável direito decorrente do texto constitucional, que embora não seja expresso quanto à sua previsão, elegeu a Dignidade da Pessoa Humana como prioridade do ordenamento jurídico, não podendo se esquivar de reconhecer a sua forma de expressão mais fundamental. Assim, cabe ao Estado fornecer as prestações materiais básicas indispensáveis para uma vida digna àqueles que não possuem condições para por si só obtê-las, ensejando verdadeiro direito subjetivo apto a demandar a sua concretização. Certo é que, no âmbito de tal concretização, o Poder Legislativo detém primazia para eleger o modo e o conteúdo com que o mínimo existencial será implementado, “cabendo a ele, como órgão que exerce responsabilidade política sobre os gastos públicos, conformar as colisões que certamente ocorrerão com outros direitos e bens constitucionais, transformando o direito *prima facie* em direito definitivo” (CORDEIRO, 2012, p. 171).

Nessa seara, discorda-se do posicionamento adotado por alguns doutrinadores que sustentam uma definição *a priori* do conteúdo material do mínimo existencial (LEIVAS, 2006, p. 135), uma vez que a sua concretização demanda um diálogo constante com as necessidades sociais de cada tempo, bem como uma conformação com o desenvolvimento econômico e cultural do país. Essa adequação adquire ainda mais relevância quando observada em conjunto com o cenário de subdesenvolvimento brasileiro, em que as desigualdades sociais e regionais tornam-se ainda mais evidentes e marcantes, o que torna uma tarefa hercúlea, se não impossível, definir *a priori* um conteúdo mínimo necessário à existência compatível com as diversas realidades e demandas sociais existentes. Na verdade, definir um conceito objetivo do mínimo existencial representaria uma verdadeira limitação de sua incidência, consubstanciando uma inequívoca negligência em matéria de proteção de direitos fundamentais sociais<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Martin Borowski, em importante nota, explica à luz de Alexy que “existiria a possibilidade de criar, no momento da constituinte ou da revisão constitucional posições mínimas que, literalmente, fossem definitivas e concretas e que ostentassem tamanho grau de determinação que poderiam ser subsumidas diretamente. Tais posições não seriam nem passíveis nem carentes de ponderação. Porém, à vantagem da aplicação livre da ponderação se contraporía a grave desvantagem da ausência de flexibilidade. (...) A positivação de posições mínimas definitivas desse tipo em nível constitucional seria, por isso, extraordinariamente impraticável (BOROWSKI, 2013, p. 21).

Assim, deve ser assegurado ao Legislativo e ao Executivo - na elaboração de leis e na formulação e execução de políticas públicas, respectivamente - um necessário espaço de conformação para decidir sobre qual será a forma e o conteúdo com que o mínimo existencial será implementado, atuação que deve estar pautada especialmente pelo princípio da proibição da proteção deficiente. Veda-se, então, tanto uma definição hermeticamente fechada do conteúdo do mínimo existencial, desvinculada das reais demandas socioeconômicas do país, quanto um casuísmo em sua concretização pelos poderes políticos primariamente legitimados para tanto.

Ressalte-se que esse poder de conformação do legislador (e do administrador) não é amplo e irrestrito. Compete ao Judiciário, de maneira secundária e subsidiária, intervir na concretização do mínimo existencial, uma vez que esse constitui direito subjetivo constitucionalmente previsto e, portanto, passível de tutela judicial. Nesse sentido, não apenas pode, como deve o Judiciário estabelecer um rigoroso controle judicial das ações e omissões dos demais Poderes, devendo intervir quando da evidência de afronta aos princípios e garantias constitucionais.

Assim, a urgência da situação protegida pelo mínimo existencial demanda – seja no controle de constitucionalidade da ação integradora em nível infraconstitucional, seja na concessão de prestações ainda não concretizadas pelo legislador - uma atuação judiciária orientada pelas consecução das prioridades eleitas pelo Constituinte, dentre as quais detém primazia a Dignidade Humana. Observa-se que não se propõe um governo de juízes, em que esses sejam transformados no principal centro de tomada de decisões políticas do Estado, mas tão somente uma atuação do Judiciário em conformidade com a Constituição e esta o elegeu como seu guardião, devendo zelar pelo seu cumprimento.

Nesse sentido, muito além de um parâmetro para a judicialização dos direitos sociais, o mínimo existencial representa o próprio fundamento de tal intervenção, de forma que a atuação do Judiciário na concretização dos primeiros - determinando o conteúdo da obrigação prestacional imputada ao Estado - somente mostra-se legítima se limitada ao âmbito de incidência do segundo.

Isso porque, para além do mínimo existencial, o Constituinte reservou aos poderes democraticamente constituídos certa liberdade política para deliberar sobre a sua realização. Assim, não cabe ao Judiciário, em respeito à máxima da separação dos poderes, interferir em uma seara reservada pela Constituição para os entes políticos estatais, sendo certo que, embora haja uma linha fluída demarcatória do espaço de atuação dos Poderes do Estado – em

vista de um sistema de freios e contrapesos – não se pode negar a existência de certos domínios específicos a cada um<sup>28</sup>.

Impede ressaltar que o mínimo existencial, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, suscitando, para alguns doutrinadores, no âmbito de sua incidência a realização de uma ponderação<sup>29</sup>. Assim, ainda que seja certa a essencialidade inerente ao mínimo existencial, esse não deve prosperar a todo custo sobre os demais direitos constitucionalmente garantidos, sendo certo que “a Constituição não é uma receita para o suicídio”. Portanto, do mesmo modo que “não podem ser sacrificados no altar do Estado, os direitos fundamentais não podem servir de altar para a destruição nacional” (BARAK, 2008, apud CORDEIRO, 2012, p. 171).

Dessa forma, para que seja reconhecido como direito definitivo, o mínimo existencial deve se sujeitar a um campo, ainda que limitado, de deliberação política, de modo que não apenas a urgência e a necessidade da pretensão demandada sejam consideradas, mas também as possíveis limitações orçamentárias suscitadas no âmbito da reserva do possível, bem como os demais ditames e balizas constitucionais do ordenamento jurídico.

Entretanto, ainda que não seja possível se falar em um direito absoluto ao mínimo existencial, alheio à limitação orçamentária do Estado e aos outros direitos e princípios constitucionais, não se pode negar que a sua evidência dota de maior fundamentalidade a pretensão demandada, tornando-a mais difícil de ser afastada. Nesse sentido, para certa parte da doutrina, quanto maior for o grau de essencialidade da prestação, maior deve ser o ônus argumentativo imposto ao Estado para afastar o direito *prima facie* garantido<sup>30</sup>.

Certo é que, no âmbito específico da judicialização do direito à saúde, a ponderação a ser feita assume contornos ainda mais dramáticos, uma vez que impõe uma escolha necessariamente trágica entre o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Nesse contexto, se de um lado figura a tutela do direito à vida dos jurisdicionados - amparada pelo princípio da dignidade humana e da proibição da proteção deficiente - do outro, encontramos o direito à vida da coletividade que deixará de se beneficiar da política

---

<sup>28</sup> Karine da Silva Cordeiro, trazendo a lume os ensinamentos de Alexy, parece endossar a tese que ora se defende, alegando que na seara dos direitos sociais mínimos a separação dos poderes seria afetada em medida relativamente pequena, perdendo espaço para a fundamentalidade desses direitos quando do balanceamento a ser realizado. Para além do mínimo existencial, sustenta a autora que Alexy não deixa claro como e em que circunstâncias a separação dos poderes seria afetada dessa mesma forma, ou seja “em intensidade relativamente diminuta a autorizar a conformação judicial do conteúdo das prestações que constituem o direito” (CORDEIRO, 2012, p. 167).

<sup>29</sup> Nesse sentido, discordamos de um grupo de doutrinadores que entende pela sua aplicabilidade imediata, dispensando a atuação legislativa com seu elemento concretizador. O mínimo existencial apresentaria, então, um caráter absoluto, exigível a qualquer custo e não sujeito à reserva do possível.

<sup>30</sup> Entendimento sustentado em linha semelhante por Sarmiento (2010, p. 183).

pública que seria implementada, bem como princípios como a democracia, a separação dos poderes e a igualdade.

Sendo certo que não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples à questão, e na medida em que é vedado ao juiz se esquivar do seu dever de julgar, deve o mínimo existencial atuar como limite a tal intervenção judicial.

Nesse sentido, cabe ao juiz, à luz do caso concreto, verificar a fundamentalidade da prestação estatal demandada - ou seja, do fornecimento de determinado medicamento ou tratamento - à realização do mínimo existencial, assim como as possíveis peculiaridades do caso (necessidades e condições pessoais do autor, possível omissão dos poderes políticos, dentre outras) que possam ensejar o surgimento de um direito definitivo de caráter positivo à prestação.

Assim, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro consagre o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, nem todas as pretensões em matéria de direito à saúde encontram-se no âmbito de tutela do mínimo existencial, não ensejando o surgimento de direito subjetivo definitivo e, portanto, alheias à esfera de atuação judicial.

Nesse sentido, são titulares dos direitos sociais não todos os cidadãos, “mas todos aqueles que precisam e na medida em que precisam” (CORDEIRO, 2012, p. 174), de modo que, quando da realização dos necessários sopesamentos, distintos podem ser os direitos definitivos reconhecidos. Entretanto, em função do princípio da igualdade, deve ser assegurado o mesmo tratamento àqueles que estiverem em condições semelhantes, de forma que apenas pode ser proporcionado a um indivíduo (ou seja, ao jurisdicionado) aquilo que pode ser estendido aos demais (jurisdicionados ou não).

Para além do mínimo existencial, deve o Judiciário, como último intérprete da lei, reconhecer a sua falta de legitimidade para determinar o modo de realização do direito social. Isso não significa que não se reconheça a sua importância ou que tal direito não possua qualquer eficácia jurídica. Na verdade, embora limitado à concretização subsidiária do mínimo existencial, compete ao Judiciário submeter as políticas públicas já implementadas e as omissões dos poderes políticos a um controle de constitucionalidade.

Entretanto - ao contrário do que se processa quando da observância de ofensas ao mínimo existencial - uma vez declarada a inconstitucionalidade, não deve o Judiciário determinar o modo de realização do direito, mas retornar à questão ao âmbito do debate

político, cabendo aos entes democraticamente constituídos conformar a sua atuação com a decisão judicial<sup>31</sup>.

Percebe-se, portanto, que não compete ao Judiciário desenhar políticas públicas ou elegeer as prioridades estatais de cada tempo, mas tão somente conformar a atuação dos poderes legitimados para tanto com os ditames e balizas constitucionais vigentes, declarando, quando necessário, a sua inconstitucionalidade. Entretanto, a própria Constituição reconheceu também, pela premência da situação protegida, um campo de necessária tutela judicial, em que a garantia do mínimo existencial dota de legitimidade a interferência do Judiciário na seara das decisões políticas.

Nesse sentido, conforme foi observado, o mínimo existencial, deve ser entendido como “um conceito em construção, com contornos flexíveis” que se adequam ao desenvolvimento social, econômico e cultural de cada época, mas que é “suficientemente abrangente para garantir uma vida com dignidade” (CORDEIRO, 2012, p.177).

#### **4. ALGUMAS CRÍTICAS RELATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE**

Ao longo do presente trabalho, buscamos delinear o tema atinente à judicialização dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, à luz do constitucionalismo pós 88. Certo é que, ainda hoje, o tema é alvo de muitas críticas entre doutrinadores, magistrados, filósofos políticos, dentre outros estudiosos. Nesse sentido, partiremos a uma sucinta abordagem dos principais temas tratados atualmente, deixando claro, desde já, que não pretendemos realizar uma abordagem exaustiva da questão, mas tão somente elucidar os principais pontos envolvendo o tema.

##### **4.1 CRÍTICAS PRINCIPIOLÓGICAS**

---

<sup>31</sup> Discorda-se, assim, de juristas como Daniel Sarmiento, que sustentam uma atuação judicial para além do mínimo existencial. Conforme questiona Sarmiento: “Se em relação aos demais direitos fundamentais persegue-se a máxima efetividade, dentro do que seja fática e juridicamente possível, por que, em matéria de direitos sociais, deveríamos nos contentar com um mínimo?” (SARMENTO, 2010, p. 579) Desconsidera o autor que a questão da judicialização dos direitos sociais transcende um mero decisionismo entre a máxima e a mínima efetivação de tais direitos, relacionando-se, na verdade, à observância do exercício legítimo da jurisdição constitucional. Nesse sentido, a Constituição reconheceu em seu texto, ainda que não expressamente, o direito subjetivo ao mínimo existencial, ensejando no âmbito de atuação do Judiciário, a necessidade de sua tutela. Para além de tal mínimo, o Constituinte intencionalmente instituiu normas dotadas de alto teor de indeterminação, reservando aos poderes políticos, frente às necessidades de cada época, a conformação do seu conteúdo, modo e tempo de efetivação. Não se trata, dessa forma, de se contentar com o mínimo, mas de receber exatamente aquilo que lhe é devido pela Constituição, não apenas no que concerne a exibibilidade de prestações materiais perante o Estado, mas também do legítimo exercício da democracia e da separação dos poderes.

As críticas principiológicas<sup>32</sup> põem em questão a própria legitimidade do Poder Judiciário atuar na concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, pautam-se, principalmente, sob dois argumentos: um de cunho liberal e outro de cunho democrático.

#### 4.1.1 CRÍTICA LIBERAL

A crítica liberal apresenta como principal fundamento o princípio da separação dos poderes, garantido no art. 2º, bem como elencado no rol de cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, ambos da Constituição Federal de 1988. “A idéia fundamental da doutrina da separação dos Poderes é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, visto que as consequências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação dos Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco a liberdade”<sup>33</sup> (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 264).

Nesse contexto, alegam os adeptos da crítica liberal que a atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas representa uma verdadeira usurpação de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, a quem incube, respectivamente, o implemento e o desenvolvimento de programas políticos na seara dos direitos sociais. Segundo esse entendimento, o Judiciário deve adotar uma postura de auto-contenção voltada à aplicação de normas legais, não lhe cabendo interferir na execução de políticas públicas<sup>34</sup>, sob o risco de ser instaurado um “governo dos homens” em detrimento de um “governo das leis”.

Tal argumentação não nos parece considerar a questão em toda a sua complexidade, já que o princípio da separação dos poderes não institui uma atribuição estanque de competências aos Poderes estatais. Estabelece, na verdade, um sistema de **freios e contrapesos** (“*checks and balances*”), em que “apenas o poder limita o poder”. Nesse sentido, a cada Ente Estatal, são atribuídas funções típicas para o desenvolvimento de sua atividade essencial, mas também funções atípicas, necessárias a fiscalização e limitação das ações dos demais.

---

<sup>32</sup> Definição trazida à lume em Souza Neto (2010, p. 519).

<sup>33</sup> No mesmo sentido, GONÇALVES (2012, p. 264).

<sup>34</sup> Assim, “não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalectimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra a amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: **juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência**”. (SÃO PAULO, 1997)

É nesse contexto que a judicialização dos direitos sociais deve ser entendida, representando verdadeiro limite ao abuso de poder do Legislativo e do Executivo. Entretanto, não podemos deixar de ressaltar o caráter **excepcional** de tal atuação, de modo que o Judiciário não deve incorrer em um excesso ambição, sob pena de atrair para si o mesmo abuso de poder que pretende limitar.

#### **4.1.2 CRÍTICA DEMOCRÁTICA**

Como é cediço, a democracia é identificada como o autogoverno do povo. Em um regime democrático, os cidadãos são concebidos, ainda que idealmente, como destinatários e co-autores das decisões estatais, na medida em que lhes é assegurada a possibilidade de participar do discurso político para a sua definição. Nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes, à luz de Habermas, explica que uma “decisão democrática será aquela na qual tanto os autores como os sujeitos da decisão possam consentir e reconhecer que o resultado foi o correto, por ser um produto do “melhor argumento” (GONÇALVES, 2013, p. 291).

Traçados tais contornos, passamos para análise da crítica democrática à judicialização dos direitos sociais. Nesse sentido, os adversários de tal tutela advogam pelo caráter anti-democrático das decisões dos Tribunais, alegando a falta de legitimidade do Judiciário para atuar em nome da população, já que seus membros não passaram pelo crivo do voto popular. Assim, os membros do Judiciário não responderiam politicamente perante o povo, não podendo, portanto, interferir nas decisões políticas adotadas por seus representantes sobre quais demandas priorizar diante da escassez de recursos. Assim, caberia apenas ao povo, por intermédio de seus representantes políticos, decidir, em matéria de saúde, pela priorização de medidas preventivas de proteção à saúde ou pela concentração da maior parte dos investimentos na concessão de medicamentos à população.

Certo é que, mais uma vez, a questão não nos parece estar sendo tratada de forma adequada pelos críticos. A democracia vai além da escolha dos representantes políticos, demandando também uma proteção constitucional que reafirme a superioridade da Constituição e dos direitos fundamentais nela estabelecidos (GONÇALVES, 2013, p. 291). Nesse contexto, devem ser assegurados aos cidadãos os direitos básicos necessários a sua participação na esfera pública de tomada de decisões, garantindo-lhes não apenas direitos individuais<sup>35</sup>, como também aqueles relacionados às condições materiais básicas ao real exercício da cidadania (SARMENTO, 2010, p. 579). Nessa seara, a atuação do Judiciário na

---

<sup>35</sup> Dentre os quais podemos citar a liberdade de expressão e o direito de associação.

garantia de direitos sociais, quando da inércia dos poderes competentes, não apenas não se mostra contrária à democracia, como assume relevante papel na realização dos pressupostos necessários à sua fruição.

Não obstante, não podemos deixar de ressaltar, mais uma vez, o caráter **excepcional** da atuação judiciária no âmbito da concretização dos direitos sociais. Caso contrário e em vista de um ativismo judicial excessivo, poderíamos sim estar diante de uma afronta ao princípio democrático. Como bem ressalta Daniel Sarmento, apesar da crise das instituições da democracia representativa vivenciada nos dias atuais, em que é evidente a descrença dos governados em relação aos seus governantes, não é transferindo para o Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas relacionadas à construção de uma ordem social mais justa que estaremos solucionando à questão (SARMENTO, 2010, p. 562). Estaríamos, na verdade, agravando ainda mais a falta de identificação da sociedade com as políticas públicas adotadas, já que o Judiciário se afigura como uma instituição não-responsiva perante a vontade popular.

## **4.2 CRÍTICAS INSTITUCIONAIS**

As denominadas críticas institucionais centralizam suas objeções em questões práticas relativas às decisões judiciais que entregam bens e serviços (SOUZA NETO, 2010, P. 525). Assim, a legitimidade do Judiciário não é mais questionada nessa seara, reconhecendo a sua competência para atuar na concretização dos direitos sociais e do direito à saúde. Critica-se, no entanto, as consequências de tal atuação, notadamente no que tange a boa organização da Administração Pública e a capacidade técnica dos juízes para decidir em matéria de alocação de recursos estatais.

### **4.2.1 CRÍTICA ADMINISTRATIVA**

A crítica administrativa tem sua análise centrada na objeção de que as decisões judiciais em matéria de fornecimento de medicamentos promovem a desorganização da Administração Pública. Nesse sentido, os esforços administrativos, que deveriam estar orientados para o fomento de políticas de saúde pública, são desviados para o atendimento de demandas individuais, comprometendo o planejamento e a eficiência administrativa no

atendimento da coletividade como um todo<sup>36</sup>. Assim, como bem explica Barroso (2013, p. 179), embora cada uma das decisões judiciais atenda às necessidades imediatas do jurisdicionado, globalmente, impede a otimização das possibilidades estatais de promover adequadamente a saúde pública, situação que encontra agravante no desigual acesso à justiça brasileiro.

Certo é que as políticas públicas devem estar direcionadas à diminuição das desigualdades sociais e econômicas do país, viabilizando aos cidadãos o acesso igualitário e universal aos bens fundamentais à vida. Entretanto, tal não é a situação quando o Poder Judiciário, por meio de demandas individuais, interfere nessa seara. Isso porque o acesso à Justiça brasileiro ainda se encontra concentrado nas camadas mais abastadas da sociedade, o que acaba por privilegiar a classe média em detrimento dos mais pobres<sup>37</sup>.

Tal crítica mostra-se relevante em matéria de adjudicação de medicamentos e tratamentos médicos, embora não deva representar óbice definitiva à sua observância. Nesse sentido, aumenta-se a necessidade de um tratamento cauteloso e universal da questão por parte dos magistrados, que não devem negligenciar as consequências práticas de suas decisões à garantia de um acesso igualitário à saúde.

#### 4.2.2 CRÍTICA TÉCNICA

Outro argumento comumente empregado para refutar a judicialização do direito à saúde é o da falta de *expertise* do Judiciário no âmbito de implementação de políticas públicas. Sustentam os críticos que os magistrados não estão devidamente capacitados para avaliar se determinado medicamento é ou não efetivamente necessário à vida e à saúde da população, de forma que seu ponto de vista não está apto a rivalizar com o da Administração Pública, dotada de uma estrutura de apoio adequada à avaliação da questão e à alocação de recursos escassos<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Como exemplo, podemos citar os gastos do Estado de São Paulo em 2010 com ações envolvendo a adjudicação de medicamentos. As despesas chegaram a R\$ 700 milhões para atender 25 mil cidadãos, o que representa quase metade do orçamento do governo estadual para a distribuição regular de medicamentos (R\$ 1,5 bilhão) a toda a população paulista (aproximadamente 41,25 milhões de pessoas em 2010 segundo dados IBGE) (SEGATTO, 2012).

<sup>37</sup> “Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento das decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média”. (BARROSO, 2013, p. 179)

<sup>38</sup> Luís Roberto Barroso cita as digressões de Marcos Maselli Gouvêa, o qual, em um estudo sobre o tema, traz importante contribuição à crítica ora em análise. Nesse sentido, “o Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais em complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder Judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e

Ao lado da falta de capacidade técnica dos magistrados, figura ainda, a dificuldade advinda da própria natureza do processo judicial, direcionado para a solução de demandas comutativas bilaterais. Tal não é, entretanto, a lógica demandada na problemática envolvendo os direitos sociais, a qual demanda uma análise da macrojustiça do caso por envolver questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, em que, diante da escassez de recursos, garantir o medicamento a alguns, significa retirá-los do bolo destinado aos demais (SARMENTO, 2010, p. 582).

Nesse contexto, algumas medidas paliativas podem ser adotadas pelo Judiciário para melhor se inteirar da matéria, assim como para dirimir a falta de acesso à informação decorrente da lógica processual. Nesse sentido, podemos citar o recurso a peritos, o pronunciamento de *amicus curiae*, o processamento de inquérito civil em ações coletivas, dentre outras possibilidades. Certo é que tais medidas são meramente *paliativas*, não resolvendo a matéria e se mostrando, muitas vezes, de difícil execução em vista do assoberbamento do Judiciário.

Dessa forma, entendemos, que a falta de *expertise* do Judiciário na promoção de políticas públicas não deve ser negligenciada no trato da questão, mas, sobretudo, considerada como limite à proteção judicial dos direitos sociais. Assim, quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas, mais cautelosa e reverente em relação às decisões dos demais poderes deve ser a atuação do Judiciário.

#### **4 CONCLUSÃO**

Em vinte e cinco anos de sua vigência, diversos foram os avanços conquistados pela Constituição Federal de 1988. Dentre tais conquistas, podemos citar o reconhecimento pela jurisprudência e doutrina pátrias da possibilidade de tutela judicial dos denominados direitos sociais, elencados pelo constituinte originário entre os direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico.

Tal entendimento motivou uma crescente interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, situação que foi observada, na seara específica do direito à saúde, pela determinação do fornecimento gratuito de diversos medicamentos e da determinação de procedimentos cirúrgicos.

---

políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade- incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público” (MASELLI, 2003 apud BARROSO, 2013, p. 179).

Sem prejuízo das boas intenções dos magistrados, diversas críticas foram suscitadas a esse determinado padrão de ativismo judicial, notadamente no tocante ao excesso de ambição que vem sendo constatado, em que, sob um *discurso heróico* de *garantidor de direitos*, o Judiciário vem ingerindo de forma inadequada na esfera de atuação dos demais Poderes.

Outrossim, se por um lado não é possível fechar os olhos às posturas ativistas no âmbito judicial, por outro, também não se pode olvidar a postura notadamente também *paliativa*, quando não omissa, dos nossos poderes democráticos na implementação de políticas públicas. Exemplo notável dessa atuação pode ser facilmente identificado por meio da Lei 12.871/13, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada recentemente pela presidente Dilma Rouseff e que instituiu o programa assistencial “Mais Médicos”. Tal programa, cuja finalidade consiste na redução das desigualdades regionais na área da saúde, por meio da alocação de médicos brasileiros e estrangeiros nas regiões menos abastadas do país, em um primeiro momento, parece impressionar por seus objetivos, situação que, no entanto, não perdura quando da análise mais detida da supracitada lei.

Para além de seus objetivos inquestionavelmente perquiridos pelo Estado brasileiro, o Programa “Mais Médicos” representa verdadeira demonstração da **postura paliativa** adotada pelos poderes legislativo e executivo pátrios, consubstanciando-se em verdadeira lei “para inglês ver”<sup>39</sup>. Se é certo que o profissional da saúde apresenta papel relevante na promoção do direito constitucional à saúde, também o é o fato de que o problema da saúde no Brasil é antes uma questão estrutural, haja vista a precariedade da estrutura do SUS (Sistema Único de Saúde), marcado por sua ineficiência e difícil acesso, situação que se agrava frente ao processo complexo de descentralização, acompanhado por um financiamento notadamente insuficiente ao setor.

Nesse contexto, para além de soluções imediatistas, o fomento do serviço de saúde pública do país demanda um planejamento a longo prazo capaz de racionalizar recursos financeiros, logísticos e humanos, situação diversa da que se observa por meio da implementação do *programa governamental* ora em comento. Isso porque, embora o Programa “Mais Médicos” solucione por hora a defasagem de médicos de muitos municípios brasileiros, o mero aumento isolado do número de profissionais da saúde (inclusive numa perspectiva meramente *quantitativa* em detrimento da perspectiva *qualitativa*) não é capaz de

---

<sup>39</sup> A expressão surgiu por volta de 1830, quando a Inglaterra exigiu que o Brasil aprovasse leis que impedissem o tráfico de escravos. No entanto, todos sabiam que tais regras não seriam cumpridas, assim, as mesmas teriam sido criadas apenas “para inglês ver”. Nesse mesmo contexto, insere-se a Lei 12.871/13 que, embora tenha sido sancionada, evidentemente não soluciona as mazelas da saúde pública brasileira, fazendo *jus* ao uso da expressão, porém, *in casu*, para “brasileiro ver”.

por fim aos problemas estruturais enfrentados pelo sistema, não solucionando, portanto, as mazelas da saúde pública brasileira. Ademais, pouco se sabe sobre o que ocorrerá quando do fim do Programa, já que, com o fim das bolsas governamentais, provavelmente as mesmas regiões menos abastadas voltarão a sofrer com o déficit de médicos que se buscou coibir. Aqui, percebemos que o **Poder Executivo** vem agindo de forma tão *paliativa* quanto o **Judiciário** que criticamos nesse ensaio.

Outrossim, a Lei 12.871/13 também é alvo de diversas críticas trabalhistas, constitucionais e de direitos humanos<sup>40</sup>, as quais, embora de extrema relevância, demandam maior análise e detalhamento, fugindo, no momento, dos objetivos do presente trabalho. Não obstante, patente se faz consignar que a garantia do direito à saúde, embora de fundamental relevância, não deve servir de fundamento para a afronta às demais garantias e direitos fundamentais, sob pena de se esvaziar de sentido o texto constitucional.

Percebe-se, portanto, em vista do acima exposto, que a questão da judicialização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, apresenta raízes mais profundas e complexas do que o mero resultado de um “*decisionismo redentor*” das instâncias julgadoras do país. Como afirma a doutrina à luz de Ronald Dworkin, a discussão relativa à judicialização dos direitos sociais “está posta a mascarar o problema da escolha política quanto à alocação de recursos orçamentários levada à cabo pelos Poderes Legislativo e Executivo” (FERNANDES, 2013, p. 587-589), de modo que o problema suscitado vai além das controvérsias levantadas em relação à possibilidade de adjudicação de direitos sociais e seus possíveis parâmetros. Apresenta, na verdade, como cerne e fonte dos problemas, a *falta de programas políticos* efetivos a médio e a longo prazos voltados para ações sociais no tema em comento. Tal situação se agrava frente a ausência de um espaço público no cenário nacional apto a desenvolver e institucionalizar a vontade coletiva, resultando na adoção de uma postura *paternalista* e as vezes *autoritária* pelo Judiciário, que sob um discurso heroico de garantidor de direitos, acaba por ingerir de forma inadequada na esfera de atuação dos demais Poderes, à semelhança de “um Poder Moderador”.

Dessa forma, conforme é possível anteciper, não é por meio da centralização dos poderes na figura do *Judiciário* que estaremos caminhando para a solução da ineficiência das políticas públicas, tão pouco para a salvaguarda dos direitos e garantias constitucionais, mas

---

<sup>40</sup> Dentre as quais figura a objeção relativa à tentativa do Ente Federal de burlar o sistema de proteção ao trabalhador, afastando-o do seu âmbito de incidência nos artigos 17 e 29 da Lei; bem como às precárias condições de trabalho dos médicos cubanos, os quais vêm percebendo remuneração ínfima pela realização de suas atividades, em um tratamento notadamente mercantil. Nesse sentido, não nos parece juridicamente válido, nem moralmente adequado garantir um direito - qual seja o direito à saúde - às custas do sacrifício de direitos humanos e trabalhistas dos médicos participantes do Programa, haja vista que estaríamos apenas mudando o foco do problema a ser solucionado.

tão somente agravando a falta de identificação democrática já evidenciada no cenário político brasileiro.

Nesse contexto, “o Poder Judiciário, apesar da relevância da sua função, não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais, o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais que dependem muito mais das políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil” (SARMENTO, 2010, p. 586). Assim, deve o Judiciário assumir um *papel secundário*, atuando na concretização do direito social à saúde apenas em situações excepcionais, notadamente quando envolvidas lesões ou ameaças de lesões a direitos fundamentais. Certo é que tal prerrogativa não deve ser maculada a fim de motivar um ativismo judicial excessivo, sob pena de elevar o Judiciário ao principal alocador de recursos públicos no campo de remédios ou internações.

Como bem elucidou Virgílio Afonso da Silva<sup>41</sup>, os direitos sociais não devem ser observados sob o prisma individualista que fundamenta as relações entre credores e devedores. Assim, o Judiciário deve se pautar, quando da concessão de remédios e tratamentos médicos, por uma visão coletiva e global do direito em questão, já que, para além da microjustiça do caso, lides envolvendo a concretização do direito à saúde demandam uma necessária “escolha trágica” entre o direito à vida e à saúde de uns e o direito à vida e à saúde de outros. Além disso, deve o Judiciário primar por um diálogo constitucional entre os poderes, de modo que as demandas individuais sejam canalizadas para a exigência de explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos.

Dessa forma, para além uma visão *reducionista* e *casuística* da questão, a concretização dos direitos sociais, à luz das balizas constitucionais vigentes há **25 anos** no país, demanda uma conjulgação de esforços políticos e jurídicos voltada para o desenvolvimento de uma nova forma de debate nacional, apta a fomentar e institucionalizar a uma perspectiva democrático-discursiva. Assim, não apenas estaremos diante de uma atuação sobretudo política que “leve à sério” os direitos fundamentais do ordenamento jurídico, como também de um novo paradigma no tocante ao desenvolvimento de uma efetiva democracia, em que a autonomia pública e a privada atuem em equilíbrio (*co-originariedade*) para a promoção da cidadania.

---

<sup>41</sup> SILVA, Afonso Virgílio da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre a Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos Sociais**. P.597.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. Derechos Sociales Fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.); PARCERO, Juan Antonio(Org.); VÁZQUES, Rodolfo(Org.). **Derechos Sociales y Derechos de las Minorías**. México: Editorial Porrúa, 2004.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia. **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.159-187

\_\_\_\_\_. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em 30 jul. 2014.

BOROWSKY, Martin. A estrutura dos direitos fundamentais sociais na lei fundamental da Alemanha. In: TOLEDO, Cláudia. **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 15-48

\_\_\_\_\_. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá:Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRANDÃO, R. São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que Medida? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). **DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 451-483.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Decisão Monocrática. Relator: Min. Celso de Mello, DJ 04.05.2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: jun. de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 271286 RS. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Sessão de 12/09/2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 nov. 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 410715 SP. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Sessão de 22/11/2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Sessão de 17/03/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 abr. 2010.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The costs of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e novos Direitos na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 42.530/4. Relator: Des. Alves Bevilacqua. Julgamento 11.11.1997.

SARMENTO, D. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). **DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.553-586.

SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 30 jul. 2014.

SILVA, V.A. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). **DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 587-599

SOUZA NETO, C. P. de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). **DIREITOS SOCIAIS: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 515-551.