



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

OSCAR FUGIHARA KARNAL

**DIFICULDADES PRÁTICAS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE POR MEIO DE AÇÕES JUDICIAIS À
LUZ DA DOCTRINA**

Brasília
2015

OSCAR FUGIHARA KARNAL

**DIFICULDADES PRÁTICAS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE POR MEIO DE AÇÕES JUDICIAIS Á
LUZ DA DOCTRINA**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina Monografia II do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Orientador: Prof. Cristiano Siqueira de Abreu e Lima.

Brasília

2015

Karnal, Oscar Fugihara, 06 de setembro de 1990 -
Dificuldades práticas da efetivação do direito
fundamental à saúde por meio de ações judiciais à luz da doutrina /
Oscar Fugihara Karnal.
- 2015.
49 p.

Orientador: Prof. Cristiano Siqueira de Abreu e Lima
Trabalho de conclusão de curso (graduação) –
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Curso de
Direito,
2015.

1 . Direitos Sociais. 2 . Direito à Saúde. 3 .
Judicialização do Direito à Saúde. I . Abreu e Lima,
Cristiano Siqueira de. II . Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. III .
Dificuldades práticas da efetivação do direito fundamental
à saúde por meio de ações judiciais à luz da doutrina.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	5
1.1 Histórico dos direitos sociais e sua justiciabilidade	5
1.2 Óbices teóricos à justiciabilidade dos direitos sociais	9
1.3 De impeditivos à justiciabilidade a limitações à justiciabilidade	16
2 O DIREITO À SAÚDE	19
2.1 Direito à saúde historicamente e direito à saúde atualmente	19
2.2 A abordagem jurisprudencial sobre o tema.....	24
2.3 A abordagem doutrinária sobre o tema.....	26
3 DIFICULDADES PRÁTICAS DA JUSTICIABILIDADE	33
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Trata-se de trabalho que pretende explorar a doutrina no que concerne a judicialização do direito à saúde, de modo a promover uma noção exploratória de como vem se posicionando os autores sobre o tema.

Inicialmente, empreende estudo voltado à possibilidade ou não da judicialização dos direitos sociais, espécie de direitos humanos da qual é subespécie o direito à saúde, porquanto sabe-se que existe debate teórico acerca da possibilidade ou não de intervenção do poder judiciário na seara dos poderes políticos, sobretudo para a asseguaração desses direitos. É possível ao judiciário intervir nas decisões dos órgãos políticas quando a tanto incitado por um membro da população mediante pleito judicial?

Segue pesquisa acerca da forma como o direito à saúde é e foi enxergado dentro do ordenamento pátrio, quais são as suas fundamentações teóricas e, na prática, como entendem os doutrinadores e tribunais do que viria a ser direito à saúde, e a forma como é ou deveria ser garantido ou infirmado. O que é o direito à saúde para os tribunais? O que é o direito à saúde para a doutrina? O modelo de intervenção judicial para garantia do direito à saúde tem sido correto?

Por fim, explora-se, as limitações fáticas à judicialização do direito à saúde, ou seja, como a doutrina tem se posicionado acerca de como ele deve ser judicialmente infirmado, e quais os principais problemas que atualmente se encontra no enfrentamento dessas situações, bem como as soluções propostas. Quais são os problemas apontados? Há solução unânime na doutrina? Há propostas para solução na doutrina?

A relevância do tema é a efetivação do direito à saúde, que é constitucionalmente garantido mas vem encontrando dificuldades perceptíveis para a população para sua efetivação material.

O propósito da pesquisa empreendida é apenas promover uma noção superficial do que tem sido alvo de debate pela doutrina e pela jurisprudência e quais

são os problemas e soluções que se apontam, para ulterior aprofundamento do estudo.

É evidente que, dada a complexidade do tema, bem como a via de publicação, que é monográfica, o estudo jurisprudencial e de campo sobre o assunto descaberia, tornando o trabalho demasiado denso, motivo pelo qual a metodologia utilizada será tão-somente a análise e compilação doutrinária.

Diante desses objetivos e diretrizes é que se passa a expor.

1 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1 Histórico dos direitos sociais e sua justiciabilidade

Inicialmente, cumpre consignar a evolução histórica dos direitos sociais, e o motivo pelo qual assumem um papel central tal que alguns os consideram exigíveis plena e absolutamente diante do judiciário, enquanto outros consideram que essa exigibilidade é abstratamente obstada.

Segue em pauta o debate sobre os direitos humanos e sua eficácia na vida cotidiana das pessoas, o que segue sendo um desafio. Isso tem exigido uma postura mais arrojada, sobretudo do Judiciário, que hoje se manifesta sobre questões que outrora não estiveram em voga acerca do direito à saúde, tais quais o controle da alocação de recursos públicos, de ações estatais omissivas e comissivas e mesmo do controle da eficácia horizontal dos direitos sociais. O debate atualmente travado se dá quanto aos critérios para a busca dos processos decisórios judiciais, de forma que estejam constitucionalmente adequados, mas também quanto à justiça das decisões. Segue em voga se o direito à saúde é um autêntico direito fundamental e, se o for, se são sujeitos a um regime jurídico semelhante aos direitos de primeira geração.¹

A Constituição Federal brasileira foi cunhada em um processo democrático que se ergueu em um momento em que era ainda muito presente a lembrança do período anterior, marcado pelo autoritarismo da ditadura militar. Assim, é colocado pela doutrina que boa parte da relevância atribuída aos direitos fundamentais na Carta Magna tem certo cunho de reação ao autoritarismo, e mesmo, em certa monta, determinado grau de desconfiança do legislador infraconstitucional e de desejo de

1 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

proteger as conquistas sociais previstas no texto constitucional de eventual supressão ulterior pelos Poderes que viriam a assumir o país.²

Diz-se que a evolução das disputas sociais encontrou uma novidade na Constituição Federal de 1988, qual seja o reconhecimento de que o Estado não era um fim em si mesmo, mas um mecanismo à promoção da dignidade humana,³ o que foi posto em prática no texto magno através do Título II, qual seja o Dos Direitos e Garantias Fundamentais.⁴

De certa forma, toda essa aura que envolveu a promulgação desta Constituição encerrou por se desenvolver um texto garantidor de direitos, que, mais importou em um conjunto de recomendações de bom senso, do que propriamente uma metologia na sua operação. Somado a isso, tem-se que a situação do país desenvolveu uma cultura de sobrevalorização dos meios judiciais de controle, e uma subvalorização dos métodos não judiciais, como, por exemplo, o voto.⁵

É colocada como talvez uma das mais significativas inovações do texto constitucional, a possibilidade da aplicabilidade imediata, prevista no artigo 5º, §1º, das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, a princípio, excluiria o cunho programático destas diretrizes⁶, e as tornaria aplicáveis por poder e por dever pelos juízes para dirimção de lides sob sua apreciação.⁷

A extensão da possibilidade de determinada norma de ser exigida diante do Poder Judiciário, a “justiciabilidade” ou “judiciabilidade”, no entanto, é fonte de

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64-67.

3 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 26-33.

4 BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988, Título II.

5 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. p.5-9.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66-67.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

debates dentro da doutrina que versa sobre direitos fundamentais,⁸ não se tendo ao certo uma noção exata de quais direitos são ou não exigíveis diante do Estado.

Primeiramente, cumpre ressaltar que os direitos humanos, da forma como os conhecemos atualmente, podem ter tido surgimento na afirmação da liberdade de fé, no questionamento ao poder absoluto e na humanização do direito penal e processual penal.⁹

A evolução histórica que levou à concepção dos direitos não fez com que surgissem todos ao meso tempo, sendo que o de liberdade de fé remonta destacavelmente à Carta do Convênio, estabelecida entre o Rei Afonso I de Aragon e os Mouros de Tudela em 1119, que assegurava liberdade de trânsito e respeito aos costumes religiosos dos mouros e os de humanização do direito penal e processual penal se caracterizou pelo surgimento das garantias processuais.¹⁰

As revoluções liberais na França e nos Estados Unidos são marco para o início do reconhecimento destes direitos em textos constitucionais.¹¹

Assim, os direitos humanos, de concepção jusnaturalista, passariam a ganhar positivação nacional, fenômeno que é por vezes colocado como um dos principais traços de distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.¹² Nesse sentido, caracterizariam-se em direitos humanos, os protegidos internacionalmente, e por direitos fundamentais, os protegidos constitucionalmente no âmbito de cada país.¹³

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.

9 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. p. 26.

10 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 142/146.

11 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. p. 26.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32.

13 SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

Dessa forma, os direitos fundamentais evoluíram para uma espécie de desdobramento interno dos direitos humanos, estes protegidos em âmbito internacional por mecanismos próprios.

Os direitos humanos, dos quais os fundamentais são colocados como desdobramento, são classicamente distribuídos em três gerações, ou dimensões: primeiramente os direitos de liberdade, os quais se define como liberdade em relação ao Estado, ou seja, direitos a serem opostos contra o Estado, limitando sua capacidade de intervir na vida do indivíduo, postulados de abstenção estatal.¹⁴ Aqui, se veriam incluídos os direitos civis, garantias mínimas de integridade física e moral que permitissem ao indivíduo esfera de autonomia tal que lhe possibilitasse desenvolver uma personalidade, e os direitos políticos, que abriram canais de formação de vontade política e controle popular sobre as escolhas estatais.¹⁵

Em segunda dimensão, foram abarcados os direitos de igualdade, direitos sociais, de liberdade através do Estado,¹⁶ os direitos sociais, necessários à participação plena na vida social, econômicos, que visariam garantir um nível material mínimo de vida, e culturais, que visam a participação de todos nas riquezas culturais da sociedade, eivados de deveres estatais constantes da Constituição francesa de 1791;¹⁷ os de terceira geração não são concebidos como proteção individual do homem, mas da coletividade.¹⁸

Os direitos sociais, termo com o qual se refere aos direitos de segunda geração, sociais, econômicos e culturais, são largamente enxergados como objetivos, fins ou princípios, não exigíveis, sobretudo diante das cortes e tribunais. A doutrina alemã, que se debruçou mais aprofundadamente sobre o tema, mas direitos subjetivos, aplicáveis e, então, invocáveis diante do Judiciário.¹⁹

14 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32-33.

15 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 260-261.

16 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32-33.

17 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 260-261.

18 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 137-138.

19 HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 8-9.

A oposição de óbice à justiciabilidade se dá principalmente quanto aos direitos sociais constantes do texto constitucional, os direitos fundamentais de segunda geração.

A doutrina explica que o problema não é meramente jurídico, comportando também uma dimensão política, eis que não é possível a extrair diretamente uma conclusão sobre a possibilidade ou o dever da justiciabilidade dos direitos sociais. Na realidade, trata-se de um espaço em que o reino da discricionariedade absoluta não promoveu avanços na efetivação dos direitos sociais no ritmo desejado pela sociedade. Assim, o Judiciário surgiu como um meio para a busca destes objetivos. A possibilidade de justiciabilidade e, sobretudo, em qual grau, e como deve ser feito esse procedimento diante de cada direito social em espécie, não tem especificação no texto constitucional.²⁰

Conquanto a maioria das Constituições da América Latina, a de Portugal e a da Espanha estejam alinhadas com um constitucionalismo que estabelece direitos fundamentais de caráter social, é comum que nessas regiões se trace a distinção entre os direitos de defesa, estes de eficácia plena, e os direitos de sociais, aos quais se outorga pouca eficácia judicial.²¹

1.2 Óbices teóricos à justiciabilidade dos direitos sociais

Do ponto de vista teórico, os principais argumentos propostos para a não justiciabilidade dos direitos sociais são: a natureza das obrigações que os direitos sociais criam, a natureza das normas que criam os direitos sociais,²² a falta de

20 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 518.

21 COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009. p. 3-4.

22 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 8.

legitimidade e de capacidade técnica do Judiciário para lidar com as obrigações criadas pelos direitos sociais²³ e o argumento financeiro, “a reserva do possível”.²⁴

Quanto à natureza das obrigações criadas, esta argumentação tem como pressuposto que os direitos sociais constituiriam-se em direitos de natureza prestacional, de cunho positivo, e os direitos civis, por representarem exigências de abstenção estatal, de cunho negativo. Assim, a justiciabilidade dos direitos civis estaria atrelada à inexistência de custo financeiro destes, enquanto a não justiciabilidade dos direitos sociais estaria obstada pelo custo que demandam para serem implementados.²⁵

Os posicionamentos contrários a esta linha de argumentação costumam mencionar a linha de pensamento defendida por Holmes e Sustain, na qual todos os direitos são positivos,²⁶ no sentido que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõe o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”.²⁷ Assim, o que se teria é que todos os direitos tem uma dimensão econômica, porquanto todos os direitos humanos guardariam dimensões respeito, proteção e promoção.²⁸

Por este entendimento, a diferença é passível de ser traçada em graus, e não em espécies de direito. Ou seja, os direitos de segunda dimensão teriam um grau

23 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4-5.

24 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

25 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 8-9.

26 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, Inc., 2013. p. 35.

27 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. p. 39.

28 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. *General Comment nº 14*. 2000.

maior de proteção e promoção do que os de primeira, o que por si só não pode ser imposto como óbice à judicialização de qualquer dos direitos.²⁹

O segundo óbice colocado como fulminante à possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais está na natureza aberta das normas que asseguram estes direitos no texto constitucional pátrio, o que as colocaria como normas programáticas e, assim, sujeitas à regulamentação pelo órgão estatal legislativo. Ademais, se coloca que a cogência da norma restaria comprometida diante da sua própria vagueza.³⁰

Corrente diversa, no entanto, argumenta que a vagueza da norma não pode ser colocada de maneira absoluta como impeditiva à justiciabilidade de um direito, porquanto enxerga as normas constitucionais como imperativas e portadoras de comandos comandos, sendo direta ou indiretamente aplicáveis na medida de sua densidade normativa.³¹

A este argumento, se contrapõe primeiramente a ideia de que a mesma característica presente em algumas normas de direitos de primeira dimensão não se apresenta como óbice absoluto à sua justiciabilidade. Posteriormente, se tem que, conquanto tenham certo grau de natureza programática, estes direitos não são inteiramente programáticos, sendo plenamente exigíveis em certo grau.³²

Nesse espeque, a discricionariedade do legislador não é absoluta, porquanto vinculada à vigência da Constituição, estando as decisões orçamentárias relativas aos direitos fundamentais, inclusive sociais, vinculadas juridicamente, e,

29 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 11.

30 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 11-14.

31 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 4-5. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

32 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 11-14.

portanto justiciáveis. Restariam os direitos fundamentais, prestacionais ou não, exigíveis, porquanto garantidos.³³

A ideia propagada neste sentido é de que as normas que garantem direitos sociais estariam esvaziadas de qualquer valor se sua aplicação estivesse sujeita à absoluta discricionariedade dos poderes políticos, o legislativo e o executivo. Isso porque a plenitude de um direito só se daria na existência de um recurso judicial que permita ao titular reclamar o não cumprimento de uma obrigação devida pelo Estado. Assim, a existência plena de um direito social não se alcançaria meramente do cumprimento estatal de medidas, mas da possibilidade de o titular do direito demandar, em alguma medida, ações que lhe permitam fruir deste direito.³⁴

Normativamente, portanto, a doutrina que defende a possibilidade de justiciabilidade das normas que digam respeito a direitos fundamentais sociais tem afirmado que estas diferenças entre os direitos civis e sociais não são tão taxativas a ponto de representar, por si só, óbice a justiciabilidade dos direitos de caráter social, até porque não são impostos como óbices à judicialização dos direitos civis.³⁵

Ademais, a exigência de direitos sociais defensivamente é plenamente possível, cabendo a justiciabilidade de uma pretensão tal qual a de obstar uma ação positiva do Estado que encerre por causar danos à saúde, por exemplo.³⁶

Outra situação que se propõe é acerca da legitimidade e capacidade técnica do Poder Judiciário para intervir em casos que envolvem gastos públicos.

33 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

34 COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009. p. 12-14.

35 COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009. p. 4-8.

36 COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009. p. 12-14.

Neste sentido, ao se tratar da efetivação de direitos sociais, faltaria legitimidade ao Judiciário para lidar com a questão, eis que sua intervenção representaria ferimento ao princípio da separação dos poderes.³⁷

A esta ideia se contrapõe a própria constitucionalização dos direitos sociais, eis que, se a maioria da população, mediante lei magna, autorizou que se assegure determinado direito, então qualquer ação judiciária nesse sentido representa uma intromissão constitucionalmente prevista e, portanto, legítima. Nesse sentido, a constitucionalização dos direitos humanos, por si só é capaz de afastar pensamentos radicais que banissem absolutamente a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais pelo princípio da separação de poderes.³⁸

A ideia, assim, é de que o papel das cortes não é o de determinar as políticas públicas, mas simplesmente fazer valer aquilo que é constitucionalmente assegurado. Esta intervenção encontraria legitimidade enquanto restrita aos graus de cada direito social que não estivessem ligados à discricionariedade política.³⁹

O constitucionalismo representa a limitação do poder e supremacia da lei, e não se confunde com a democracia, que representa a soberania popular e o governo da maioria. A vontade da maioria pode, eventualmente, vulnerar direitos constantes da Constituição.⁴⁰ A instituição atual da maioria das democracias ocidentais outorga o cumprimento de obrigações decorrentes de direitos primariamente aos poderes políticos, o legislativo e o executivo. Estes poderes tem o papel constitucional de velarem pela efetividade dos direitos, civis e sociais, ao passo que ao judiciário resta uma incumbência subsidiária, de atuar quando os demais poderes falharem em

37 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 16-17.

38 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1646-1647.

39 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 16-17.

40 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4-5. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

cumprir com suas obrigações, seja por sua própria ação, seja por não impedir a ação de terceiros, ou por não cumprir com as obrigações prestacionais devidas.⁴¹

Nesse sentido, a intervenção estatal surge não como ferimento ao princípio da tripartição de poderes, mas como decorrência dela, e do poder de controle que foi outorgado ao judiciário sobre a absoluta discricionariedade, estabelecido pela vontade da população, através da sua Constituição.⁴² Assim, a extração de deveres jurídicos advindos destas normas deve ser base em ações ou omissões dos poderes políticos que importem afronta à Constituição, porquanto tem origem e fundamentação no sistema de freios e contrapesos.⁴³

Quanto à capacidade técnica, diz respeito à própria estrutura do judiciário, que não teria a capacidade técnica para lidar com aspectos de macrojustiça. O aparelho judiciário estaria preparado para lidar com lides e casos concretos, e não para o efeito práticos destas decisões.⁴⁴ Tal argumento é largamente reconhecido, no entanto, não pode constar como óbice absoluto à justiciabilidade, porquanto existam meios já previstos para o estudo dos casos em profundidade tal que permite uma decisão judiciária suficientemente informada.⁴⁵

Por fim, coloca-se o que passou a se chamar como reserva do possível como óbice à justiciabilidade, termo cunhado para designar a escassez e o óbice que, por si só, ela criaria à plena efetivação de qualquer direito prestacional, motivo pelo qual o Estado estaria sempre sujeito a decisões trágicas na alocação de recursos. Assim, ela surgiria como a oposição do direito fundamental de um cidadão ao outro,

41 COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009. p. 16-19.

42 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 17-22.

43 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

44 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. p. 18.

45 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 22-25.

sendo a justiciabilidade apenas uma maneira de transferência desta decisão dos poderes políticos para o judiciário,⁴⁶ motivo pelo qual restaria impossibilitada.

A oposição da reserva do possível como óbice intransponível à atuação judicial parece, no entanto, estar sendo relativizada.

Surgida na doutrina alemã,⁴⁷ a reserva do possível tem sido construída, pela doutrina e jurisprudência do país, rumo a um ponto de real e efetiva disponibilidade de recursos estatais, além de constituir óbice às exigências não razoáveis do indivíduo de prestação estatal. Tem sido, portanto, tríplice a natureza da reserva do possível, abarcando a disponibilidade fática de recursos, a disponibilidade jurídica de recursos e proporcionalidade e razoabilidade da prestação. Assim, a ideia da reserva do possível como óbice intransponível à judicialização dos direitos sociais e como desculpa do Estado, nas faces administrativas e legislativas, para a não efetivação destes direitos não se veria absoluta. A proporcionalidade velaria como a proibição ao excesso e à insuficiência da prestação estatal quanto aos direitos fundamentais, inclusive os sociais, sendo a criteriosa decisão cabível mediante análise da adequação, necessidade e estrita proporcionalidade.⁴⁸

Nesse sentido, existe posicionamento no sentido de que os direitos sociais vigoram sob a reserva do possível,⁴⁹ eis que impõe limite fático e jurídico à sua efetivação, e mesmo como garantia, na eventualidade de um conflito de direitos fundamentais. A reserva do possível, neste sentido, surge não como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, mas como um mandado de

46 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

47 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

48 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

49 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Em SOUZA NETO, Cláudio Pereira; Sarmento, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

constante otimização da aplicação de recursos, um nível máximo de possibilidade de eficácia destes direitos, que aumenta juntamente com o aumento de disponibilidade financeira posta à disposição dos poderes políticos do Estado.⁵⁰

As conclusões que podem ser tiradas da doutrina é de que os argumentos, outrora impostos como óbice insuperável e intransponível à justiciabilidade dos direitos sociais, foram, em certo grau superados, enquanto pretensões de afastar a exigibilidade judicial desses direitos, em abstrato. Do contrário, se travestiram em limitações da justiciabilidade, e representam parâmetros para racionalizar a jurisprudência no trato com este tipo de situação.⁵¹

1.3 De impeditivos à justiciabilidade a limitações à justiciabilidade

Neste sentido, os óbices previamente apresentados, a natureza das obrigações que os direitos sociais criam, a natureza das normas que criam os direitos sociais,⁵² a falta de legitimidade e de capacidade técnica do Judiciário para lidar com as obrigações criadas pelos direitos sociais⁵³ e o argumento financeiro, “a reserva do possível”,⁵⁴ seguem vigorando como limitações.

A ideia da impossibilidade de exigibilidade judicial dos direitos prestacionais tem sido relativizada, diante da noção de que o Estado está constitucionalmente obrigado a prover estas demandas, restando uma conclusão exata sobre qual é a medida em que o direito constitucional que garante estas prestações deixa-se vincular

50 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

51 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 534.

52 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 8.

53 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; Sarmento, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4-5.

54 BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

juridicamente,⁵⁵ portanto seguindo a ideia da vagueza das normas como limitadora da justiciabilidade.

Conceder eficácia jurídica aos comandos constitucionais que tratam de direito à saúde significa colocá-los como exigíveis diante do Judiciário, bem como obrigar o Estado, por meio de seus poderes, a garanti-los. Conquanto seja confortável a afirmação de que os direitos sociais são garantidos pela Constituição e, portanto, plenamente exigíveis, a complexidade do tema é bem maior.⁵⁶

Essa conclusão, conquanto relevante, é incapaz de, sozinha, promover uma visão definitiva acerca do papel que o Judiciário tem que exercer na situação, carecendo, nesse sentido, de uma visão prática do efeito causado pelo intervencionismo judicial. Se essa intervenção encerrasse por causar prejuízos maiores aos direitos sociais do que fomentasse sua eficácia, talvez devesse ser revisto o papel do judiciário na implementação desses direitos, e até a mesmo Constituição.⁵⁷

A justiciabilidade prática, teoricamente aceita, levou à prática, onde se constatou dificuldades diversos sobre os quais se discorrerá mais adiante, e que figuram como possíveis limitadores até mesmo da efetivação desse direito.

Os problemas que a litigância individual parecem trazer são as complexidades do julgamento e o limitado acesso a justiça.⁵⁸

No primeiro, estão contidas os fatores emocionais, ou seja, a dificuldade que há para um juiz de carregar o peso de negar a um indivíduo acesso a um direito social, sob pena de, muitas vezes, condená-lo à morte; falta de adequada estrutura de trabalho para o Juiz, que envolve o alto número de casos sobre apreciação simultaneamente; limitações inerentes à ação individual, que permite menos estudos

55 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 635.

56 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras Editora Gráfica, 2008. p. 133.

57 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1649/1650.

58 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 36.

aprofundados, muitas vezes importando em uma ponderação generalista de princípios e demandas de relevante impacto social; e, no caso específico da saúde, a dinâmica natural de constante mudança do que é o direito, com tratamentos novos e a dificuldade que se tem de acompanhamento dessas questões.⁵⁹

No segundo, está contida a distorção causada pelo acesso desigual ao judiciário pelas classes menos favorecidas da sociedade.⁶⁰

Neste sentido, existem estudos que apontam um vetor sócio-econômico para a litigância, no qual se estabelece uma relação entre a renda, a educação e a litigiosidade. Isso somado à apontada baixa quantidade de meios de litigância *pro bono*, a especificidade das causas defendidas pelas organizações da sociedade civil e, até mesmo, um determinado viés econômico por trás da litigiosidade são apontados como problemas práticos da efetivação dos direitos sociais através dos tribunais, que não envolvem exatamente a estrutura do Judiciário, e sim, a forma de mobilização da sociedade na tentativa de exigir o cumprimento destes deveres estatais.⁶¹

Outras dificuldades apontadas são a definição de um conteúdo cogente para as normas que asseguram direitos sociais, a dificuldade de se definir qual é a prestação devida pelo Estado e a falta de representatividade das camadas mais mobilizadas da sociedade.⁶²

Passa-se à análise do direito à saúde para então se expôr os problemas práticos apontados especificamente sobre a judicialização de lides que dizem respeito a este direito.

59 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester 2010. p. 36-40.

60 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 36-40.

61 HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M., A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 384-388.

62 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 133-138.

2 O DIREITO À SAÚDE

2.1 Direito à saúde historicamente e direito à saúde atualmente

O início da saúde pública no Brasil inicia-se com a vinda da Corte portuguesa para o país em 1808, resumindo-se ao combate de doenças epidêmicas e algum controle sanitário.⁶³ Este parâmetro esteve bastante presente na primeira Constituição independente do país, de 1824, em que a saúde era colocada como limitação ao trabalho, à vida social e ao exercício de atividades comerciais ou industriais.⁶⁴

Houve um período em que a saúde passou a ser um dever de Estado, cumprido através do modelo “campanhista”, período que foi marcado até mesmo de revoltas da população contra as medidas estatais de promoção da saúde, em que se menciona a Revolta da Vacina, de 1904.⁶⁵

A evolução da saúde seguiu contemplando, no regime militar, como um dever do Estado, sendo o seu acesso, entretanto, limitado ao sistema previdenciário que, enquanto agraciava todos os trabalhadores com carteira assinada, excluía do acesso à saúde grande parte da população brasileira, que trabalhava informalmente.⁶⁶

No Brasil, foi a Constituição de 1988 que, pela primeira vez, consagrou o direito fundamental à saúde,⁶⁷ caracterizando-o como direito social por força do artigo

63 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 883.

64 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 26.

65 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 883.

66 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 884.

67 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

6º que afirma que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁶⁸

Mais adiante no texto constitucional, no artigo 196, o direito à saúde é proposto como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.⁶⁹

A doutrina coloca que, por força deste artigo, o direito à saúde constitui-se em direito da generalidade da população, que cria uma relação jurídica entre cada indivíduo e o Estado, em que existe um dever subjetivo fundamental dos entes estatais de desenvolver políticas públicas capazes de gerar promoção, proteção e recuperação da saúde à população, de maneira universal e contínua.⁷⁰

A asseguuração do direito social à saúde, como a Constituição em geral, contém determinado viés revolucionário, fruto do próprio momento de insurgência contra a situação política do Brasil, e exemplo disso é a universalização do direito à saúde, que lhe despiu da restrição de estar vinculada ao sistema previdenciário.⁷¹

O artigo 197 da Constituição Federal propõe que tamanha é a relevância deste direito que o Poder Público deve supervisionar, controlar e regular o Sistema Único de Saúde, para cumprir seu mandato constitucional de garantir o acesso universal e igualitário dos meios de acesso à saúde. O Sistema Único de Saúde, noutro giro, se constitui em uma rede permanente de meios de promoção do direito à saúde, e operado em nível federal, mediante normas gerais, estadual, com normas suplementares que especifiquem as normas federais e municipal, a quem incumbe a

68 BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988, artigo 6º.

69 BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5. out. 1988, artigo 196.

70 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 643-645.

71 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 884-885.

legislação acerca de especificidades de interesse local e suplementarmente às normas federais e estaduais.⁷²

O direito à saúde é tutelado tanto no âmbito interno do país, como direito fundamental, como internacionalmente como direito humano,⁷³ noção especialmente relevante na situação elementar brasileira, em que a própria Constituição prevê a internalização dos aspectos normativos internacionais, assim sendo incluída no ordenamento jurídico pátrio o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁷⁴ que em seu artigo 12 garante o reconhecimento do direito de toda pessoa de desfrutar do nível mais elevado possível de saúde física e mental, mediante medidas para a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, a melhoria dos aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente, a prevenção, o tratamento e a luta contra doenças epistêmicas, endêmicas, profissionais e outras e a criação de condições que assegurem assistência e serviços médicos em caso de enfermidade,⁷⁵ o que ocorre como decorrência do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

Do ponto de vista do pacto, os direitos sociais estão concebidos com uma ideia de realização progressiva, garantidos assim pela adoção de medidas estatais, econômicas e técnicas, de modo a alcançar graus progressivos de realização desses direitos, até que estejam plenamente satisfeitos no âmbito interno de cada país.⁷⁶

Nesse espeque, assumem particular relevância também para a aplicação interna das normas concernentes ao direito à saúde, a interpretação e a jurisprudência internacionais, e a forma como esses direitos são reconhecidos em âmbito internacional, dentre os quais se destacam as Observações Gerais nº 9, que versa sobre a aplicação interna do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

72 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 30-32.

73 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

74 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 32-33.

75 ONU. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 19 dez. 1966. Art. 12.

76 PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 707-708.

Culturais, e nº 14, que versa especificamente sobre o artigo 12 do pacto, o direito a saúde, ambos do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

De um ponto de vista internacional, o direito à saúde parece apontar para uma visão não reducionista do direito à saúde, representando um nível máximo de saúde possível, agregando não apenas o direito ao tratamento de uma enfermidade, mas como uma ampla gama de políticas voltadas para a manutenção de uma vida saudável. Se coloca como características das políticas voltadas à efetivação deste direito a disponibilidade, no sentido de programas, estabelecimentos, bens e serviços de saúde em número suficiente; a acessibilidade física, econômica e não discriminatória; a aceitabilidade, no sentido de que devem ser coerentes com a cultura e ética local de cada país e respeitosos à confidencialidade e intimidade dos pacientes; e qualidade, no sentido que devem ser adequadas do ponto de vista científico.⁷⁷

A Observação Geral Nº 9 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU agrega a noção de que os pactos, dentre os quais o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, devem ter aplicação imediata no âmbito interno de cada país, de modo a permitir a exigibilidade dos direitos assegurados a todos os indivíduos, inclusive diante das cortes e tribunais, sem especificar a formatação que tal operação trará em cada país, o que fica à deliberação interna dos pactuantes, assim posicionando-se no sentido de que a interpretação dos direitos sociais devem conter uma ideia de justiciabilidade de algum grau.⁷⁸ Referida Observação aplicável ao direito à saúde, porquanto represente direito social.

A Observação Geral Nº 14, por sua vez, trabalha na delimitação específica dos deveres estatais concernentes ao direito à saúde e as atitudes que os Estados devem tomar no âmbito interno para garantir o respeito ao Pacto. Menciona-se como as principais orientações, neste sentido, a proibição do retrocesso, sentido em que restaria desrespeitado o Pacto na eventualidade da retirada de uma política já estabelecida ser retirada sem a devida demonstração, pelo pactuante, de que o fez

77 CARBONELL, Miguel. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009, p. 173-176.

78 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *General Comment nº 9*. 3 dez. 1998. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/4ceb75c5492497d9802566d500516036?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/4ceb75c5492497d9802566d500516036?Opendocument)>

mediante análise do contexto geral e dentro da ideia da reserva do possível; e as dimensões de respeito, proteção e promoção do direito à saúde como deveres dos Estados pactuantes.⁷⁹

Quanto à definição do direito à saúde, o texto constitucional torna o direito à saúde um direito vago, vagueza que não é completamente dirimida pelos tratados internacionais. A imposição desta vagueza como intransponível óbice à atuação jurídica sobre a prestação efetivadora destes direitos por parte do Estado, é possível em países que não constitucionalizam direitos sociais, ou o fazem expressamente vedando sua justiciabilidade. Nos países em que estes direitos são constitucionalizados, a questão não é se as cortes podem interferir, mas qual o grau de interferência legítimo.⁸⁰

2.2 A abordagem jurisprudencial sobre o tema

No Brasil, quanto ao tema do grau de justiciabilidade à saúde, se vê uma tentativa muito forte de buscar exatamente o grau de legitimidade.

A intervenção judicial pode se dar em vários graus. Em um grau menor, se observa meramente o aspecto procedimental das políticas públicas, sem efetivamente se ater à sua substância, mas sim ao seu formalismo. Em outro extremo, mais intervencionista, o Judiciário define o conteúdo dos direitos sociais, e modifica decisões políticas que não se amoldem a esta definição. E em situações intermediárias, se tem a extensão de direitos sociais assegurados a certos grupos para grupos semelhantes, e a abordagem de razoabilidade das políticas públicas.⁸¹

Especificamente na jurisprudência brasileira, existem diversos posicionamentos do Judiciário relativos ao tema, desde a consideração do direito à saúde como absoluto e acatável pelo Estado em qualquer hipótese, a limitação do direito à saúde a desenvolver políticas públicas, estando o tratamento de doenças dependente de um sistema de

79 CARBONELL, Miguel. El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos. In: COURTIS, Christian, SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009. p. 179-182.

80 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1642/1644.

81 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1648/1649.

previdência específico, e a plena impossibilidade do Judiciário de intervir nessas questões, ante o argumento da reserva do possível.⁸²

Em âmbito majoritário, a natureza meramente programática dos direitos sociais previstos constitucionalmente foi, no Brasil, por muito tempo reconhecida pacificamente. A partir de 1997, porém, uma tendência de abordagem mais substantiva destes direitos pelos tribunais tem sido vislumbrável, onde o Judiciário impõe aos ramos políticos não apenas definições aos direitos, mas ordens no sentido da sua aplicação a despeito dos desejos dos ramos políticos de Estado. A tendência desde então tem sido para decidir estas lides a partir do confronto entre o interesse financeiro do Estado contra o direito à vida e à saúde do cidadão, no qual o segundo sempre prevalecerá.⁸³

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, até recentemente, tem sido no sentido de que o direito à saúde é desdobramento do direito à vida, e que, provada a essencialidade do remédio para a vida ou integridade do paciente, bem como a incapacidade do beneficiado de arcar com os custos inerentes, o Estado estava obrigado a financiar o tratamento, sendo os interesses financeiros do Estado, ante o dever estatal de proteção da saúde, irrelevantes, portanto outorgando ou plenitude absoluta ao direito à saúde ou ineficácia, mediante a análise de requisitos.⁸⁴

O direito à vida seria, neste âmbito, superior, e incontrastável com questões menores como as finanças públicas e o orçamento, e o direito à saúde, direto desdobramento dele⁸⁵ e, assim, tem uma postura mais intervencionista no trato dos direitos sociais, em detrimento da abordagem racionalista e da abordagem do mínimo existencial, sobre a qual se discorrerá posteriormente.

Um problema apontado para esta abordagem é que não contribuiria para a solução da verdadeira questão que se impõe a justiciabilidade dos direitos social, a de que a limitação de recursos é real, e nem de promover uma visão sobre qual é o limite desta judicialização. A "prestação máxima de saúde" acaba por importar em uma hermenêutica inviável sobre o dispositivo constitucional que a consagra, haja vista que a limitação de fato existe. O que se faz é uma transmutação da questão de um estudo pertinente acerca da

82 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. p. 11-13.

83 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p 1654/1658.

84 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 40-44.

85 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. p. 130.

alocação de recursos para a garantia prestacional de um direito fundamental, para uma mera lide entre um litigante necessitado e um Estado ineficiente e corrupto.⁸⁶

É colocado como crucial o reconhecimento de que não se trata de uma discussão entre a prevalência da separação dos poderes e do interesse financeiro estatal em detrimento do direito à vida e à saúde de uma pessoa. A situação com a qual se depara o judiciário em casos assim é o direito fundamental de uma pessoa contra o direito fundamental de outra,⁸⁷ que é aquilo pelo que parece se caracterizar a própria ideia de reserva do possível.

Neste sentido, o próprio mandamento constitucional de acesso igualitário à prestação da saúde poderia ser apontado como fundamento para a negativa da ideia de “prestação máxima de saúde”, porquanto a assecuração do direito máximo de um importaria na destruição do bem comum trazido pelas políticas de saúde pública.⁸⁸

Esta abordagem falharia em observar diferença relevante entre a interpretação que se pode extrair da norma e sua aplicação prática às peculiaridades de cada caso. Cita-se como outros exemplos a escassez que não seja de recursos financeiros, mas de recursos técnicos, tais quais a falta de especialistas ou equipamentos. A disponibilização de recursos, nesse sentido, muitas vezes só funciona no médio e longo prazos, e recursos a curto prazo não resolvem o problema inicial.⁸⁹

2.3 A abordagem doutrinária sobre o tema

Doutrinariamente, se trabalha na ideia do “mínimo existencial” do direito à saúde (e dos direitos sociais que sejam tocados pelos interesses fundamentais em geral), conceito que adviria do conteúdo essencial do direito, regra, constitutiva de direitos definitivos, e não sujeita a ponderações. Segundo a doutrina, o conteúdo essencial se fundamentaria ou na ideia de que os direitos fundamentais são ilimitados,

86 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1658/1661.

87 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

88 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 832-833.

89 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170-172.

e o direito que destas normas adviria seria irrestrito (teoria interna); ou que a sua definição exigiria a análise do direito não limitado inicialmente, e posteriormente à restrição do direito, se teria o direito definitivo (a teoria externa). O mínimo existencial do direito à saúde corresponderia ao conteúdo essencial desse direito resultante da aplicação da teoria externa.⁹⁰

Este mínimo existencial, seria garantido, e portanto constituiria um grau de cogência das normas que preveem os direitos sociais em sua dimensão prestacional, dentre os quais o direito à saúde, surgindo assim como um limite aos limites impostos à exigibilidade judicial destes direitos, com o objetivo de evitar que a discricionariedade dos entes políticos do Estado leve ao esvaziamento ou à supressão do direito no caso concreto.⁹¹

Neste cenário, este grau de cogência velaria para que os direitos fundamentais tivessem seu limite mínimo no mínimo existencial, usualmente associado à dignidade da pessoa humana, e seu limite máximo no máximo possível, e seu completo desrespeito representaria legitimidade da intervenção do Poder Judiciário, novamente retomando a ideia de que isto seria decorrência do sistema de freios e contrapesos.⁹²

É antiga a discussão no direito alemão acerca da garantia de um mínimo indispensável para uma vida digna. O direito à assistência social, colocado na Alemanha e em muitos dos países da União Europeia como a principal manifestação da garantia ao mínimo existencial é, desta forma, enxergado como uma ajuda à autoajuda, visando proteger e promover a dignidade. Este conceito exsurge da ideia de que a dignidade não é materialmente quantificável, e sim, ainda que viável, condicionada por critérios espaciais e temporais, e ao padrão socioeconômico vigente.

90 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 316-319.

91 SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145-146.

92 BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

Entretanto, é evidente também que a garantia deste mínimo não está limitado meramente à existência fática, porquanto esse entendimento importaria em emprestar à vida humana o caráter de mera existência. Assim, o mínimo existencial surge como garantidor da plena fruição dos direitos fundamentais e do desenvolvimento da personalidade, algo que tem se posto como tendência também no direito brasileiro.⁹³

Neste sentido, os direitos sociais, em geral, estariam condicionados, para sua justiciabilidade, a este mínimo existencial, aplicável aqui a melhoria constante dos investimentos que permitissem que esse mínimo existencial estivesse em constante adequação à realidade, a defesa da necessidade de implementação das políticas públicas pelos poderes políticos, a razoabilidade da aplicação do princípio da reserva do possível e a superação da reserva do possível em casos de ferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁹⁴

No Brasil, a importância que assume o mínimo existencial é posta pela doutrina como intimamente associada à ideia de dignidade como fundamento da igualdade material, posta como incumbência estatal, razão pela qual se afirma restar exigível judicialmente o mínimo existencial de um direito porquanto represente o mínimo de dignidade exigível por todo cidadão. Neste sentido, o Judiciário teria condição de intervir para assegurar o mínimo, e não mais que isso, ao menos com fundamento no artigo 5º.⁹⁵

Esse mínimo existencial, assim, tem sido entendido como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, blindado de qualquer intervenção vertical ou horizontal. Esse núcleo essencial, adverte, não pode ser quantificado de maneira estática, mas sim casuística. Além disso, respeitam limites fáticos impostos pela

93 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

94 PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 172-174.

95 BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 140-141.

própria condição financeira e capacidade jurídica de quem os tenha que proteger, ou seja, condicionadas estão à reserva do possível.⁹⁶

O mínimo existencial representaria assim, um parâmetro para a atuação dos entes políticos estatais, e vincularia também o poder judiciário, a medida que não fosse cumprida, e surgiria da ideia de um Estado que, ainda que efetivo na sua prestação jurisdicional, o é a um ponto de sobrepôr a democracia ao constitucionalismo, devendo o judiciário deve intervir impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas sempre que o fizer inequivocamente para dar cumprimento a lei ou à Constituição, especialmente se a ponderação sobrepôs a vontade da maioria ao mínimo existencial de alguém.⁹⁷

Esta noção é particularmente importante na medida que não coloca a intervenção judicial meramente como uma forma de limitar a discricionariedade política do Estado no não cumprimento da vontade da sociedade, mas como limitação à discricionariedade política do Estado em cumprimento da vontade da sociedade, na medida em que ela venha a ferir o constitucionalismo.

A solução que a teoria do mínimo existencial propõe vem acompanhada de um novo problema: a definição efetiva deste mínimo existencial. Tal situação assume peculiar complexidade quando se trata da dificuldade de se definir um mínimo quando se trata de saúde e de vida, até por ser imprevisível o que uma prestação estatal efetivamente resultará para o seu beneficiário.⁹⁸

Há posicionamentos no sentido de que o mínimo existencial está centrado no direito à vida digna, motivo pelo qual o direito à saúde, especificamente, estaria exigível judicialmente a um ponto mínimo de inclusão social, englobando não apenas

96 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

97 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9-11. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

98 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 134-141.

o direito aos direitos de defesa, mas à asseguaração efetiva dos direitos prestacionais na medida em que permitissem o seu gozo.⁹⁹

Existem também doutrinadores enxergam o mínimo existencial como uma curva de excepcionalidade do caso concreto em contraste com a essencialidade da prestação exigida. Neste sentido, o cidadão poderia exigir prestações estatais, restando ao estado o dever constitucional de entregar a prestação, ou justificar porque não o faz. Ao juiz caberia a ponderação entre a excepcionalidade e a essencialidade da prestação exigida, sendo que, quanto mais essencial fosse a exigência, mais excepcional deveria ser o caso concreto, para justificar a não prestação estatal, e ao mesmo tempo, quanto mais excepcional fosse o caso concreto, mais essencialidade deveria ser observada na prestação requerida que justificasse o seu reforço judicial. Neste sentido, a definição do mínimo existencial estaria a encargo do Judiciário, porém de maneira dinâmica e casuística, conquanto volte a encontrar problemas nas limitações de capacidade e legitimidade do Judiciário para lidar com definições que necessariamente demandariam gasto público.¹⁰⁰

Outras tentativas seriam buscar em decisões dos próprios poderes políticos parâmetros materiais para a definição deste mínimo. Parâmetro interessante, neste sentido, para ser usado para definição deste mínimo existencial é a lei 9.656/98, que institui quatro modelos de plano básico de saúde, dentre os quais o de atendimento ambulatorial é o mais simples, e engloba consultas médicas ilimitadas, serviços de apoio e diagnóstico e tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais. Assim, seriam essas prestações que restariam exigíveis por via Judicial, de maneira individual, coletiva ou difusa. Outro apontamento interessante que se faz acerca do direito à saúde é que 80% das doenças teriam origem na má qualidade da água ou do esgotamento prestado à população. A OMS enxerga o saneamento básico como medida de saúde prioritária porquanto estima que cada dólar nele investido representaria cinco dólares de economia com medidas posteriores de cura. No Brasil, a estimativa é de que apenas 66,3% da população urbana tenha acesso a rede

99 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

100 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-124.

coletora de esgoto, e apenas 80,64% sejam abastecidos pela rede de distribuição de água. Quanto ao saneamento básico, o que se tem é que pode ser dividido entre a prestação propriamente dita e medidas acessórias que contribuem para um melhor saneamento. Propriamente dito, o serviço é prestado por meio de concessão, motivo pelo qual uma decisão judicial importaria não apenas em uma análise da decisão do Poder Público, mas também na exigência horizontal da prestação de um serviço público. Portanto é que se tem que apenas se poderia pleitear judicialmente a inclusão, pelo Poder Público, de verbas destinadas a tal fim no próximo orçamento, estas devendo ser empregadas de maneira política. As medidas acessórias poderiam, entretanto, ser exigidas, porquanto de competência comum.¹⁰¹

Visão ainda distinta se contrapõe à própria ideia do mínimo existencial, outorgando ao judiciário a legitimidade que empreste ao indivíduo autonomia pública e privada, assim adequando a ação judicial não apenas às condições mínimas de uma vida condigna, mas uma situação mínima de igualdade material diante dos demais. Nesse sentido, o mínimo existencial surgiria como uma cristalização da ideia de que apenas o direito mínimo de cada cidadão não está sujeito plenamente ao sabor da vontade política dos poderes deliberativos,¹⁰² ligando assim o direito à sua própria origem com o objetivo de promover igualdade material que permita a fruição dos direitos de primeira dimensão.

Como se passará a aduzir, porém, o principal problema atualmente enfrentado pela doutrina é no processualismo destas exigências judiciais, sobretudo do ponto de vista prático, e nos problemas que, no médio e longo prazo, este problema tem causado para a própria efetivação do direito à saúde em âmbito nacional.

A litigância relacionada ao direito à saúde no Brasil tem como principais características a prevalência dos pleitos individuais, o sucesso dos pleitos individuais e a alta demanda de recursos para o cumprimento das ordens judiciais relativas a este tipo de caso. Esse fenômeno tem a ver com a baixa familiaridade dos juízes com este

101 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 142-147.

102 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 537.

tipo de caso, bem como com o medo do impacto financeiro que decisões coletivas poderiam trazer.¹⁰³

A ação individual, na realidade, traz alguns problemas, porquanto dificilmente se terá, em seu curso, uma aprofundada análise acerca de quais os reais impactos que qualquer decisão trará ao orçamento público. Três são as atuações possíveis do Juízo, ao se confrontar com uma demanda prestacional individual e a reserva do possível. Ignorar o argumento da reserva do possível, curvar-se a ele, ou fazer um juízo de razoabilidade genérico. Outro problema das demandas individuais é que a microjustiça dos casos individuais impediriam a atuação da macrojustiça.¹⁰⁴

Assim, o direito à saúde, como os demais direitos prestacionais, é colocado como exigível de um ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, e o momento seria de superação da “euforia judicialista”, e racionalização das decisões envolvendo questões dessa sensibilidade, sob a percepção de que o Judiciário não é ou deve ser protagonista neste cenário, mas manter seu papel subsidiário constitucionalmente outorgado, o que se fará apenas determinando a melhor forma de judicialização dos direitos sociais, do âmbito processual e material.¹⁰⁵

Nesse espeque, tem sido amplo o estudo para determinar, exatamente, qual o grau e modelo de justiciabilidade dos direitos sociais – neste estudo especificamente o direito à saúde – capaz de, dentro dos limites de legitimidade de intervenção do Poder Judiciário, promover a maior efetividade material dos direitos fundamentais prestacionais, conforme se passa a expor.

103 LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 35-36.

104 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 150-151.

105 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 586.

3 DIFICULDADES PRÁTICAS DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

. Desse modo, conforme se tem descrito, vige a percepção de que há possibilidade de o Poder Judiciário surgir como meio efetivo de tutela jurisdicional sobre o direito à saúde, capaz de infirmar a noção de que sua efetivação não está plenamente vinculada a critérios discricionários dos órgãos políticos, isso como desdobramento de um estado de direito apenas concreto quando capaz de gerar um sistema de proteção aos direitos que garante.¹⁰⁶

É uma situação que decorreu, em parte, da percepção de que havia possibilidade jurídica de alguma intervenção judicial, porquanto todos contivessem, em certa proporção, dimensões de respeito, proteção, assecuração e proteção em algum grau, e em parte da percepção de que essa intervenção era necessária, eis que não se haveria realmente de falar em direitos sem meios efetivos de assegurá-los e exigí-los.¹⁰⁷

Essa percepção, de outro giro, vem acompanhada necessariamente da urgência por uma limitação à intervenção judicial na seara política, capaz de assegurar não apenas critérios técnicos, como a limitação de poderes e a efetiva representação dos ensejos populares, mas também, e em mesmo grau, capaz de não surgir como impeditivo à própria garantia dos direitos que pretende tutelar.¹⁰⁸

Isso porque, conforme aduzido, a limitação da atuação judicial surge da reserva do possível transmutada de intransponível óbice, a um ponto que comporte a noção de que o óbice fático que a limitação de disponibilidade financeira estatal sempre coloca a efetivação de um direito fundamental a determinado ser humano

¹⁰⁶ CUNHA, José Ricardo; BORGES, Nadine. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. Em CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos humanos, poder judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 207-208.

¹⁰⁷ COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009.

¹⁰⁸ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 832-833.

necessariamente, em certo grau, como impeditivo da efetivação de outro direito, ou a outro ser humano.¹⁰⁹

Tem-se, porém que, consoante aduzido, o entendimento até pouco tempo exarado em sede do Supremo Tribunal Federal é de eficácia plena do direito a saúde, sendo a essencialidade do tratamento a constatação determinante para a intervenção judicial em casos dessa natureza,¹¹⁰ conclusão diretamente decorrente da ideia da composição da lide como sendo não entre a colidência de direitos fundamentais, mas entre direitos supremos, tais quais a vida, a dignidade e a saúde, e assuntos de menor importância, tais quais as finanças estatais.¹¹¹

Neste espeque, se percebe que as principais dificuldades práticas decorrentes da aplicação dessa teoria de que a importância dos direitos fundamentais à vida e à dignidade, dos quais se derivaria o direito à saúde, é justamente o efeito negativo que causa ao próprio direito à saúde, ao deslocar recursos que deveriam estar voltados para políticas públicas em constante aperfeiçoamento para tratamentos que, embora sejam essenciais para o indivíduo pleiteante do caso concreto, não são aproveitados pela majoritária parcela da população.¹¹²

Outrossim, são mencionadas as distorções práticas que essa abordagem cria dentro da sociedade justamente pela origem deste indivíduo pleiteante, que levam parte da doutrina a entender que criaria uma distorção social capaz de assegurar a camadas mais instruídas e abastadas da população, em detrimento das demais classes com menos acesso à justiça.¹¹³

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

¹¹⁰ LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 40-44.

¹¹¹ 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. p. 130.

¹¹² HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 832-833.

¹¹³ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1660-1662.

Tal problema, é de se dizer, não decorreria unicamente da falta de acesso à justiça a camadas menos favorecidas da população, mas também do fato de que o mero ingresso de indivíduos de camadas mais abastadas da população em Juízo para buscar a máxima prestação de saúde por si só já importaria na realocação de recursos voltados à saúde de camadas mais pobres da sociedade, que naturalmente necessitam de mais auxílio estatal, de modo que a distorção estaria criada mesmo que o acesso à justiça fosse pleno e igualitário.¹¹⁴

Outra situação perniciosa dessa interpretação advinda é decorrente da própria inviabilidade prática da consagração do direito à saúde como um direito absoluto e ilimitado. É que é natural, quando se propõe uma lide entre um Estado corrupto e ineficaz, e um cidadão que recorre ao Judiciário como única forma de buscar um direito constitucionalmente assegurado, é considerar que o argumento da “reserva do possível” será sempre falacioso, o que nem sempre é o caso, eis que existem elementos fáticos e jurídicos a efetivamente impedir a infinitude da prestação de saúde.¹¹⁵

Por fim, cite-se a dificuldade prática que existe na verificação dos efeitos da decisão. É que quando um juiz ou tribunal decide algo de alguma forma, existe um critério de micro-justiça muito claro: uma parte litigante que precisava de um cuidado, mediante aplicação de um dispositivo constitucional, vê consagrado o seu direito à saúde, à vida e à dignidade, e o Estado, que posicionava-se por situações financeiras banais sai prejudicado. O impacto que isso causará dentro de todo contexto de políticas públicas de saúde, no entanto, é imprevisível,¹¹⁶ no mínimo porque impossível prever quantas ulteriores decisões individuais encontrarão supedâneo na tese lançada para solução daquele litígio.

¹¹⁴ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1662-1667.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

Há estudos que enxergam ainda um lado positivo considerável no modelo de judicialização do direito à saúde brasileiro, afirmando que a participação assertiva das cortes e a grande litigância por parte da população permitiu a percepção de que as políticas públicas não estavam sendo bem aplicadas, e mesmo uma visão sobre alguns aspectos do direito à saúde que eram mais urgentes. Nesse ponto, traria segurança à população saber que pode contar com o judiciário, não estando unicamente sujeito à discricionariedade dos poderes políticos estatais. Há, entretanto, necessidade de adaptação dessa intervenção, para que supere os problemas práticos que tem criado e se torne mais efetiva.¹¹⁷

É ciente de tal situação que mesmo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem lentamente se alterado para intervir de tal modo a abarcar a noção da limitação dos recursos financeiros, sem que, entretanto, vislumbrem essa limitação como impeditiva à atuação judicial, mas que instruem um limite a ser imposto pelo Judiciário à sua própria atuação.¹¹⁸

Nesse sentido, se pode mencionar dois votos exarados pelo Ministro Celso de Mello quando na análise de casos semelhantes, de requerimento de intervenção judicial para garantia de direito à saúde. No primeiro, do ano 2000, afirma que “*a falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes*”,¹¹⁹ para mais recente vir a entender que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial devem ser compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social orientadores das políticas públicas.¹²⁰

É dizer que a reserva do possível não é presumida e oposta como invencível óbice, mas sim enxergada como uma possível dificuldade fática imposta à

¹¹⁷ LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 49-51.

¹¹⁸ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 223-225.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273834 Rio Grande do Sul. Requerente: Município de Porto Alegre; Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2000. Dj, 18 set.00.

¹²⁰ *Apud* MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 225.

efetivação do direito fundamental à saúde, devendo, para obstar intervenção jurisdicional, o Estado-Administração comprovar a existência de políticas públicas voltadas à sua promoção e a impossibilidade momentânea de assegurar o pleiteado no caso concreto. De outro giro, deve o Judiciário decidir com critérios não apenas de microjustiça, mas também de macrojustiça. São situações que, conquanto se vejam em certo nível possíveis à seara da Suprema Corte, encontram dificuldades imensas para serem concretizadas em graus menores de jurisdição.

Neste sentido, o próprio mandamento constitucional de acesso igualitário à prestação da saúde poderia ser apontado como fundamento para a negativa da ideia de “prestação máxima de saúde”, porquanto a garantia do direito máximo de um importaria na destruição do bem comum trazido pelas políticas de saúde pública.¹²¹

Nessa mesma esteira, parece haver na atual conjectura da doutrina correlata, uma incessante busca, seja nas análises teóricas internas, seja nas análises práticas internacionais, por um método eficaz de solucionar os problemas da justiciabilidade nos moldes anteriormente propostos, ou seja, para que não haja intervenção judicial insuficiente, como parecia ser o modelo brasileiro em um primeiro momento, nem excessiva, como se aponta que tem sido a justiciabilidade do direito à saúde, de modo que não esbarre nas pretensamente superadas barreiras teóricas, mas que tampouco gere efeitos práticos perniciosos.

Uma sugestão à solução do problema surge da argumentação de que os remédios propostos para o enfrentamento de violações sistemáticas dos direitos sociais deveriam ser capazes de corrigir ações ou omissões violadoras tanto do legislativo quanto do executivo. Assim, sugere-se que a intervenção judiciária siga assertiva e material, porém mais instruída, através do envio periódico de relatórios públicos, pelos órgãos políticos, acerca das suas ações para implementação dos direitos sociais, que pudessem ser debatidos pela sociedade civil, organizações não-governamentais e pelo Ministério Público, bem como um órgão técnico que auxiliasse

¹²¹ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 832-833.

os tribunais a enxergar a consequência econômica e prática das suas decisões.¹²² Trata-se de uma sugestão para que se melhore o conteúdo das decisões, sem que haja uma revolução no sistema de litigância brasileiro.

Uma teoria internacional apontada, por exemplo, é a abordagem da razoabilidade, que aplica uma visão menos intervencionista das Cortes, e é, na doutrina, representada por casos marcantes decididos pela Suprema Corte sul-africana, ao deparar-se com conflitos relacionados aos direitos socioeconômicos.

É que na Corte sul-africana, a adjudicação da atuação dos entes estatais políticos na garantia dos direitos sociais e econômicos se desenvolve em um parâmetro muito mais formal do que material,¹²³ o que gera mais críticas do que elogios à abordagem, sob a alegação de que representa uma abdicação, pelo Judiciário, de seu dever de proteger esses direitos.¹²⁴

A propósito, é exposto que já há de se dizer de uma abordagem pavimentada pela corte suprema da África do Sul, de que o papel do Estado na manutenção dos direitos sociais e econômicos é agir com razoabilidade dentro das limitações financeiras estatais, para alcançar uma progressiva realização desses direitos, ponto no qual a atuação judicial surge para analisar a razoabilidade das decisões políticas.¹²⁵

¹²² LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 53-56.

¹²³ BRAND, Danie. *The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence*. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 36/37. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralisation+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em 20. ago. 2015.

¹²⁴ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1644.

¹²⁵ BRAND, Danie. *The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence*. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralisation+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 20. ago. 2015.

Desta forma, conquanto se verifique que os critérios para delimitar essa razoabilidade (para alguns casos se aplica como balizas a racionalidade e boa-fé da aplicação da política pública, enquanto para outros se analisa a compreensão, coerência, coordenação e flexibilidade e até mesmo aplicando critérios ainda mais rígidos), é certo que o Judiciário não se vê em posição de atuar na garantia, ao querelante, por exemplo, de um eventual tratamento, ainda que demonstradamente necessário, se para a garantia da saúde existe uma política pública estatal instaurada com razoabilidade. A análise assim é sobre se a política tem, num parâmetro de razoabilidade, a capacidade de facilitar a realização do direito que se volta a proteger.¹²⁶

A principal crítica, nesse ponto, é à capacidade dessa abordagem de efetivamente assegurar os direitos sociais. Argumenta-se que ela acabaria por tornar os direitos sociais, na prática, sem sentido, sobretudo ao querelante que no caso específico teria recorrido justamente ao Judiciário como a única forma de ver seu direito constitucional garantido.¹²⁷

Há, de outro lado, estudiosos que defendam essa abordagem como a forma de solução para os problemas da intervenção judicial da maneira que tem se dado no Brasil, através da definição do conteúdo do direito à saúde e a assertiva busca, por parte do sistema judiciário, de sua compleição, quando a política pública é incapaz de se adequar ao conceito judicialmente delimitado de “direito à saúde”. Desse modo, a abordagem corrigiria a distorção ao permitir aos órgãos políticos o estabelecimento das metas de garantia dos direitos sociais analisados, e a intervenção judicial somente se daria no caso de essas metas não estarem dentro das consequências razoáveis da política pública casuisticamente aplicada.¹²⁸

¹²⁶ BRAND, Danie. *The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence*. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 39-41. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralisation+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 20. ago. 2015.

¹²⁷ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1655.

¹²⁸ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1642-1643.

Estudos diversos sugerem que, em âmbito de litigância individual, a atuação judicial deve ater-se unicamente à garantia dos remédios e tratamentos constantes de listas já previamente elaboradas pelos entes políticos. É dizer que o direito à saúde não deve ser judicialmente definido em âmbito judicial, e a intervenção deve se ater ao não cumprimento das obrigações impostas pelos poderes políticos a si mesmos, situação que derivaria não apenas das dificuldades práticas da judicialização, mas também das teóricas.¹²⁹

Já no âmbito de ações coletivas e abstratas, aduz essa mesma teoria, poder-se-ia debater a alteração das listas de medicamentos e tratamentos, estando, neste caso, o Judiciário adstrito a determinação da inclusão de tratamentos de eficácia comprovada, à preferência por substâncias disponíveis no Brasil, à preferência por medicamentos de menor custo (genéricos) e à fundamentação da decisão na indispensabilidade da intervenção para a manutenção da vida.¹³⁰

Mais adiante, também em um viés prático, surge a teoria do mínimo existencial como pretensa solução, ao menos para que se presumisse a exigibilidade obstada apenas pela prova material e extensa da impossibilidade financeira absoluta de realização do pleito. Nesse prisma, se dividiria a atuação judiciário para casos concretos individuais e coletivos e abstratamente, para os casos de controle concentrado,¹³¹ sendo que majoritariamente se prima pela abordagem menos individual possível.¹³²

Há entendimento de que esse mínimo representaria um grau tal de promoção dos direitos sociais que promovesse a materialidade da igualdade formalizada pelos direitos de primeira geração, de modo que a intervenção judicial

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 897-898.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 899-902.

¹³¹ 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. p. 115-116.

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. Revista da Defensoria Pública, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 149-150.

surgiria para assegurar esses direitos através daqueles, de modo que o exigível seria apenas o mínimo necessário a se promover o acesso aos bens,¹³³ o que acaba por não solucionar a questão da vagueza do mínimo existencial.

Dentro dessa mesma ideia de mínimo existencial, pode-se mencionar ainda a teoria de que poderia ser balizado pelos requisitos mínimos que os próprios entes políticos estabelecem a si mesmos ou ainda aos particulares prestadores de serviço público (por exemplo a Lei nº 9.656/98), exigindo-se a alocação de recursos destinados a esses fins no exercício subsequente, o que restaria exigível pela via individual ou não.¹³⁴

De outro giro, é igualmente desenvolvendo a teoria do mínimo existencial, anteriormente preconizada como exigir dos Poderes Políticos aquilo que eles diretamente se impõem, a exigibilidade também de um ulterior valor, ligado intimamente à vida e à dignidade humana. Nesse prisma, desdobrariam dois mínimos existenciais: um fisiológico, fático, necessário à existência condigna, este sempre exigível (a exceção da comprovação efetiva de inexistência de recursos bastantes); e outro sociocultural, comparativo, que detém certa exigibilidade, conquanto reduzida, e analisada de maneira casuística e sociocultural, porque fundada em valores de igualdade.¹³⁵

Por fim, descortina-se ainda diversa teoria, igualmente desdobramento da ideia de mínimo existencial, mas aqui de maneira não tão estática, e dividida nos parâmetros individual, coletivo e abstrato. Nesse ver, individualmente, a análise judicial deve contemplar a razoabilidade da atuação estatal e do pleito individual, a ver

¹³³ BRAND, Danie. *The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence*. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 39-41. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralisation+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 20. ago. 2015.

¹³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. Revista da Defensoria Pública, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 142-147.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

se no caso concreto existe ou não violação do direito do indivíduo pleiteante. É uma teoria específica, nesse ponto, porquanto não busca oferecer uma solução genérica e abstrata, mas uma solução dentro de cada caso concreto.¹³⁶

No plano coletivo, a atuação judiciária seria mais ativa, em virtude do espaço para dilação probatória e controle social dos critérios de alocação de recursos, e no controle abstrato, a atuação judicial não encontraria distinção específica no caso de garantia de direitos sociais.¹³⁷

Desta forma, o que se vê é que a doutrina ainda se encontra em um momento de incerteza sobre como proceder quanto aos desdobramentos práticos da intervenção judicial na garantia do direito à saúde, sobretudo do viés individual, apresentando desde sugestões que visam facilitar o intervencionismo judicial,¹³⁸ por assim dizer, até sugestões que limitam bastante a possibilidade de intervenção estatal,¹³⁹ passando por teorias que, pode-se colocar, garantem o formalismo das decisões políticas sem garantir a eficácia dos direitos.¹⁴⁰

¹³⁶ 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. p. 115-116.

¹³⁷ 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. p. 116-117.

¹³⁸ LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil*, 2010. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester. p. 53-56.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 897-898.

¹⁴⁰ BRAND, Danie. *The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence*. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 38. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralisation+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 20. ago. 2015.

Mesmo nos desdobramentos teóricos já mais assentados, especificamente a teoria do mínimo existencial,^{141 142 143 144} ainda se tem uma dificuldade muito grande de se consentir em o que, afinal, é exigível ou não dos poderes políticos perante o judiciário.

O certo é que todas as sugestões supramencionadas se desenvolvem a partir de relevantes estudos, teóricos e de campo, e que o resultado desse debate pode promover um resultado muito desejável dentro do campo da eficácia dos direitos humanos no Brasil, que é a garantia do direito à saúde à população, nos moldes que ela deseja-la.

¹⁴¹ BRAND, Danie. *The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence*. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 39-41. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralisation+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 20. ago. 2015.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. Revista da Defensoria Pública, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008. p. 142-147.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

¹⁴⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. o: Lumen Juris, 2010. p. 115-116.

CONCLUSÃO

Conclui-se que é de árduo debate travado ao longo de muitos anos a conclusão a que muitos autores estudados chegam de que está, em certo nível, superado o debate da absoluta impossibilidade de interferência do judiciário na esfera política para infirmar direitos sociais consagrados pela Constituição Federal, inclusive o direito à saúde, a partir da percepção de que as diferenças outrora apontadas entre estes direitos e os direitos de primeira dimensão não eram tão definitivas.

Entretanto, aduz a doutrina avaliada que não se tem a absoluta superação desses paradigmas teóricos impeditivos da atuação judicial dentro do plano dos direitos sociais, porquanto estes sigam vigorando como limitação à atuação judiciária na esfera política.

Especificamente no âmbito do direito à saúde, o referencial teórico parece apontar firmemente para uma visão positiva acerca da conclusão de possibilidade de judicialização das causas, porquanto capaz de efetivamente garantir um direito constitucional de suma importância, porquanto decorrente diretamente de direitos como os à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como mecanismo de materialização do formalizado direito à igualdade.

É que a doutrina verifica que a absoluta não-intervenção, conforme anteriormente realizado, criava demasiada discricionariedade aos poderes políticos, e acabava não criando mecanismos eficazes de garantia do direito à saúde à população.

Alertam, porém, os autores, que tal constatação – a de que a judicialização é possível – não pode verter-se à euforia, eis que a intervenção judicial em casos relacionados à efetivação do direito à saúde, se irresponsável ou demasiada, tem o condão de causar impactos negativos, não apenas às finanças estatais, mas sobretudo, e talvez mais relevantemente, na própria asseguaração do direito social a uma vida saudável.

Assim, a doutrina parece se debruçar atualmente acerca de qual o grau exato de intervenção judicial que não represente discricionariedade demais aos poderes políticos, nem intervencionismo demais do poder judicial, de modo que se molde uma cooperação entre o legislativo, executivo e judiciário com o fito de buscar o objetivo maior a que se propõem os três poderes nesse caso específico, que é assegurar o direito à saúde conforme desejado pela população.

Parece, de outro giro, que este estudo ainda não encontrou uma conclusão, sendo que vários autores apontam soluções para os problemas que vislumbram na judicialização excessiva sem, entretanto, conseguir consentir em um meio-termo definitivo de intervenção estatal que seja legítima ou desejável.

Dessa forma, é necessário que sigam-se os aprofundados estudos, tanto no viés teórico quanto no prático, de forma a buscar a teoria em que firmemente se verquem a doutrina e a jurisprudência pátrias, de modo que se busque a cooperação entre os poderes para a efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, São Paulo: Páginas e Letras, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Em SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAND, Danie. The proceduralization of south african socio-economic rights jurisprudence. In: BOTHA, Henk; VAN DER WALT, Andre; VAN DER WALT, Johan (edit.). *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press, 2003. p. 36/37. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=SJ8NAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA33&dq=Danie+Brand,+The+Proceduralization+of+South+African+Socio-Economic+Rights++Jurisprudence,&ots=DGRWNHSx75&sig=5wvo0e8CN8nE90jp0cSCdaSmmmY#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 20. ago. 2015.

BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5. Out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273834 Rio Grande do Sul. Requerente: Município de Porto Alegre; Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2000. Dj, 18 set.00.

CARBONELL, Miguel. El derecho de la salud e el derecho internacional de los derechos humanos. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Coord.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia e Derechos Humanos: Quito, 2009.

CUNHA, José Ricardo; BORGES, Nadine. Direitos humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. Em CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos humanos, poder judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, constituição e direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M.. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Company, Inc., 2013.

LIMA, Cristiano Siqueira de Abreu e. *Initial insights for remedies for systematic violations of economic, social e cultural rights: a case-study for the right-to-health litigation in Brazil, 2010*. Tese (Mestrado) – LL. M. International Human Rights Law, University of Essex, Colchester.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *General Comment n. 9*. 3. dez. 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *General Comment n. 14*. 8. nov. 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 19. Dez. 1966.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 17 set. 2014.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.