

ENTENDENDO O DEBATE EM TORNO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL¹

Talita Késsia Andrade Leite²

Resumo: Tendo em vista as constantes lutas judiciais em torno da prestação do direito social à saúde, direito de todos e dever do Estado, este artigo, inspirado em casos práticos e fontes bibliográficas, tem como objetivo traçar alguns parâmetros mínimos na compreensão da Judicialização do Direito à Saúde e seus encargos à máquina estatal. Rapidamente, foi analisada a situação no Brasil algumas das fontes teóricas na busca da equação entre o direito do cidadão e o dever público de prestar a assistência pelo Estado. Por fim, conclui-se que a prestação do direito à saúde deve ser aplicada a cada caso concreto, não havendo, portanto, fórmula estatuída para a resolução do problema.

Palavras-Chave: Direitos sociais – direito à saúde – judicialização – reserva do possível – mínimo existencial

1. INTRODUÇÃO

¹ Artigo científico realizado em conclusão do curso de extensão promovido pela Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Minas Gerais, campus Belo Horizonte, pelo Escritório de Direitos Humanos de Minas Gerais, criado pelo Decreto Estadual nº 43.585/2003 pela Subsecretaria de Direitos Humanos de Minas Gerais e pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, Superintendência de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, também de Minas Gerais, no ano de 2011.

² À época, acadêmica de Direito do Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix. Estagiária voluntária da Defensoria Pública de Minas Gerais, sob orientação do Defensor Público Dr. Gustavo Corgosinho A. Meira; da Dra. Defensora Marolinta Dutra; da Defensora Dra. Cleide Nepomuceno, do Dr. Defensor Rafael Von Held Boechat e do Dr. Marco Paulo Denucci Di Spirito

Na seara do Direito Constitucional e Administrativo pátrios especificamente, nos Direitos Humanos muito se tem discutido sobre o Direito de acesso à Saúde. Essa discussão envolve não somente os profissionais do Direito, mas também os gestores de saúde, membros do legislativo e os administradores públicos. É uma questão multidisciplinar.

Não são poucas as posições que questionam o limite da promoção e assistência a um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado. Dentro dessa análise o papel do Judiciário como aplicador da lei ao caso concreto (microjustiça) ganha maior relevância.

O tema deste trabalho acadêmico se relaciona à realidade social brasileira no que tange ao pleno gozo do Direito à Saúde o qual consiste não apenas no fornecimento de medicamentos ou acesso a determinado tratamento custeado pelo poder público, mas também nas ações preventivas do Estado no cumprimento do dever de prestar um direito e garantia fundamental a todos os cidadãos, como prevê o art. 1º, III³, art. 6º⁴ da CR/88 e o art. 196⁵, que é uma norma programática, também expressa na Constituição Federal de 1988.

Toda essa discussão teve início após o advento da Constituição de 1988. Vários fatores têm contribuído para a interferência do Judiciário na determinação do cumprimento de políticas públicas, especialmente as já programadas na Carta Maior. Diferentemente do passado, o juiz tornou-se um atuante

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

⁴ Art. 6º 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.

⁵ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

ativo na implementação de direitos sociais. Cláudio Pereira de Souza Neto bem caracteriza essa situação, vejamos:

A possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro no contexto da virada do século. No passado, vários fatores restringiram a atuação jurisdicional no campo social. Predominava a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador. As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria. Esse ponto de vista tradicional começa a ser superado em meados da década de 1990, com decisões judiciais que determinam a entrega de medicamentos para portadores do vírus HIV. [...] (NETO, 2010, p. 515).

O mesmo autor continua e oportunamente pontua os fatores que contribuíram para o denominado por ele “ativismo judicial quanto aos direitos sociais”:

[...] a aprovação da Constituição de 1988 e o subsequente movimento de afirmação da normatividade constitucional; às sucessivas crises que atingem o Legislativo e o Executivo; à superação do positivismo no âmbito da metodologia constitucional.[...] (NETO, 2010, p. 516).

Quando se fala na participação do Judiciário na provisão de direitos sociais, deve-se ter em vista o que a Constituição, Lei Maior deste país, diz. Neste contexto, é possível observar que “há na Constituição referências normativas que servem para legitimar tanto a atuação quanto a abstenção do Judiciário” (NETO, 2010, p. 518). Como não é possível concluir o parâmetro correto de atuação do Judiciário através do texto constitucional, pois “o texto constitucional comporta interpretações distintas, inclusive a que sustenta o dever de o Judiciário se ater a aplicar regras definidas nos textos legais” (NETO, 2010, p. 518), diz ele ao se referir ao art. 196 CR/88 sob o comentário de José Afonso da Silva⁶, é o contexto social, baseado

⁶ V. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais . 6ª ed. 2ª

na decisão política que determinará a interpretação da norma constitucional a ser aplicada pelo juiz em cada decisão, qual seja o formalismo, baseado na interpretação normativa apenas, ou o particularismo, baseado na interpretação do juiz sob a valoração de cada situação fática.

O mesmo autor pontua as críticas feitas às interferências do Judiciário sobre o provimento de direitos sociais feitas pela doutrina nacional (NETO, 2010, p. 515-534). Os críticos são divididos em duas correntes, que se desdobram em si. Primeiramente, existem as “Críticas Principiológicas”, que se baseiam na ilegitimidade do Judiciário para conceder direitos sociais. Ela se ramifica na matriz liberal e na democrática. Em um segundo instante, entram em cena as “Críticas Institucionais” que apontam os problemas práticos provenientes da interferência do judiciário no provimento de bens e serviços. O estudo a ser feito aqui se atém apenas ao primeiro grupo de críticas, as “Principiológicas e à crítica financeira e da desigualdade quanto ao acesso à justiça, participante do segundo grupo, o das “Críticas Institucionais”, a serem desenvolvidas ao longo das explanações.

A primeira análise se encontra dentro das críticas principiológicas liberais.

Uma de suas objeções se baseia na existência do princípio da separação dos poderes clássica, que divide as funções do Estado em legislativa, executiva e judiciária, independentes entre si. No entanto, em confronto a essa posição, o NETO afirma que o modelo de separação de poderes adotado no Brasil é do tipo norte-americano e se baseia no “sistema de freios e contrapesos”, onde um poder limita o outro reciprocamente e, nas palavras do autor: “prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberia a outro” (NETO, 2010, p. 520), tal como efetivamente ocorre na prática quando o assunto é a judicialização dos direitos sociais, especialmente,

o direito à saúde.

A segunda objeção da corrente crítica principiológica liberal apontada no estudo feito pelo referido autor é que os direitos sociais não são direitos fundamentais, pois nesses se encontram somente os direitos civis e políticos, visto que a recepção dos direitos sociais inflaria o rol de direitos fundamentais e levaria “à desvalorização do conceito, com prejuízo para a preservação dos valores mais importantes no sistema constitucional” (NETO, 2010, p. 521). O contra-argumento se situa no fato, que os direitos sociais são condições de promoção da liberdade individual, prevista nos demais direitos civis e políticos. Um exemplo é a previsão de políticas públicas de saúde, mesmo as de caráter preventivo, como as vacinas, para a efetivação do direito à vida do cidadão, que é um direito individual.

As críticas principiológicas democráticas se baseiam no autogoverno do povo.

A primeira delas se encontra no fato de que os juízes não são eleitos pelo povo, como seus representantes e por isso, não podem concretizar os direitos sociais. A expressão dessa concretização resultaria em um governo anti-democrático e não um autogoverno pelo povo. O contra-argumento do autor se baseia no fato de que o Poder Judiciário é garantidor das condições para que o debate político racional seja tecido entre o povo e seus governantes. O processo promove o meio dialógico para que as informações e justificações sejam prestadas pelos governantes; para que haja a denúncia das condutas ilegítimas destes entre outros fatores. Nas palavras do autor “[...] o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente” (NETO, 2010, p. 523).

A imparcialidade dos juízes também é criticada por essa corrente. A contra-crítica feita é parcial e se resume no fato de que os direitos sociais, dentro de um regime democrático, tam-

bém permitem a participação do magistrado na sua implementação. “Quando o Judiciário o garante, não viola o princípio democrático: afiança a conformação de um contexto adequado à manifestação efetiva da vontade popular” (NETO, 2010, p. 524).

Os que se situam mais à esquerda do pensamento social, cita o autor, “sustenta que a concretização judicial dos direitos sociais fomenta o estabelecimento de relações individuais de clientela entre Estados e cidadãos” (NETO, 2010, p. 524), no sentido de que os cidadãos se tornariam apáticos à atuação política direta, junto aos governantes em manifestações, visto que na busca por um direito social, cada cidadão pleiteia o seu individualmente. A primeira contra-crítica se baseia no fato de que há situações específicas, no caso do direito à saúde, por exemplo, que a tutela de um medicamento para uma enfermidade rara ou cirurgia deve ser individual. Outra contra-crítica, dessa vez pelo autor que compilou toda essa doutrina se baseia no fato de que as demandas judiciais, por vezes, têm amparado o cidadão a atuar no meio da política, como por exemplo, em prol da edição da Lei 9.313/1996 que versa sobre a “disposição gratuita de medicamentos e portadores do vírus HIV.”

Passemos à análise do direito.

2. A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE

A doutrina europeia discute a natureza jurídica dos direitos sociais, em contraponto com os direitos individuais. Como explica Carlos Miguel Herrera (HERRERA, 2010), o caráter subjetivo dos direitos sociais já foi negado diversas vezes sob a afirmação de que os direitos individuais do homem são anteriores à sociedade, e os sociais dela dependem. O mesmo autor preleciona que na Alemanha, desde a época de 1950, o Estado Social passou a não ser aceito como Estado Constitucional. Neste contexto, a maioria da doutrina julgava não serem

os direitos sociais passíveis de serem invocados perante os tribunais, pois não eram direitos garantidos constitucionalmente. Assim, a sua inaplicabilidade imediata era majoritariamente afirmada.

No entanto, o caráter social dos direitos humanos ganhou destaque em anos decorridos de história, no qual as necessidades vitais do ser humano passaram a ser garantidas pelo Estado, como ocorre atualmente no Brasil, República Federativa, que se constitui em um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, nos Estados em que os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, são vistos em nível constitucional, os direitos do homem passaram a ser vinculados aos direitos sociais.

3. O STATUS JURÍDICO DO DIREITO À SAÚDE

Diante da ineficácia das prestações pela Administração Pública, o Poder Judiciário tem ocupado uma posição paradigmática e decidido sobre a providência de tratamentos a determinados casos concretos, aplicando a *microjustiça* que expressa a concretização da fundamentalidade formal através da fundamentalidade material do Direito à Saúde.

A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais é citada pelo prof. Ingo Wolfgang Sarlet no artigo intitulado “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988” (2002). A primeira fundamentalidade se refere à forma de positividade do Direito à Saúde e abrange três aspectos:

- a) O Direito à Saúde é um Direito Fundamental (art. 6º da CR/88);
- b) Ele é uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV da CR/88⁷);

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

- c) É uma norma diretamente aplicável, por ser garantidora de um direito fundamental, vinculando entidades estatais e particulares (art. 5, §1º da CR/88⁸).

Sobre a discussão relativa a existência de cláusulas pétreas fora do art. 5º da CR/88, referido no seu art. 60, §4º, IV, comenta José Carlos Francisco:

Ora, é absolutamente certo que há cláusulas pétreas fora do art. 5º da Constituição, aspecto reconhecido expressamente nos §§2º e 3º do próprio art. 5º, e também pela jurisprudência (FRANCISCO, 2010, p. 862).

Francisco ainda traça considerações objetivas sobre a aplicabilidade imediata do direito social à saúde:

As previsões normativas concernentes ao direito à vida e à saúde também possuem aplicabilidade jurídica imediata (art. 5º, §1º, do mesmo ordenamento constitucional), justamente por estarem vinculados ao mínimo essencial ou existencial. Embora reconheçamos divergências quanto à aplicabilidade jurídica imediata do direito à saúde (pois o art. 5º, §1º, da Constituição, subsume-se ao *caput* desse artigo, razão pela qual não seria aplicável aos demais direitos e garantias fundamentais), seguimos por convicção, o entendimento do E.STF que julgando tratamento de paciente da AIDS, asseverou que *“a interpretação de norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente”*, combinando o art. 5º com o art. 196 (Agr. Reg. em RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24.11.2000) (FRANCISCO, 2010, p. 863).

Já a fundamentalidade material se refere à forma de implementação de um Direito Fundamental pelo Poder Executivo, através das políticas públicas.

A posição atual do Poder Judiciário tem sido denominada de Judicialização das Políticas Públicas e se refere à quebra da separação de poderes, ponto muito atacado por parte da

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

doutrina e por inúmeras vezes discutido nos Tribunais Superiores. Como já dito, Cláudio Pereira de Souza Neto estabeleceu que a separação clássica dos poderes não é o modelo adotado na configuração do Estado Brasileiro e sim o modelo de “freios e contra-pesos”, por isso há a possibilidade de um poder interferir na esfera de atuação de outro poder.

O prof. Paulo Bonavides, citado por Gustavo Amaral e Danielle Melo (AMARAL; MELO, 2010, p. 85) acrescentam que:

A desconsideração dos princípios e valores contidos no texto constitucional era obra de um formalismo excessivo preso a uma racionalidade lógica que impedia a captação dos sentidos normativos na medida em que não deixava espaço para a ação de mecanismos indutivos. Com isso, o velho direito constitucional de índole liberal tinha no centro de seus estudos a separação de poderes e a distribuição de competências, restringindo-se à parte organizacional da Constituição (BONAVIDES, 2001, p. 537).

Ainda, a teoria material da Constituição é guiada pela nova hermenêutica que vincula os princípios e valores constitucionais e permite que o pólo de discussão no direito constitucional “passe dos conflitos advindos das relações entre os poderes para a esfera dos direitos fundamentais” (AMARAL, MELO, 2010, p. 85). Dessa forma, para permitir a plena realização dos direitos e garantias fundamentais uma das possíveis soluções pode ser, apesar de não ser a mais indicada, a análise concreta ao invés da ponderação, do formalismo e da materialidade de um direito, não deixando que o direito à saúde e o direito à vida seja submetido ao segundo plano pelo rigorismo formal.

A doutrina da ponderação não é a mais indicada, pois busca a interpretação monológica, única, restrita, a partir de uma leitura subjetiva do intérprete, que analisa a sua consciência sobre os direitos e garantias fundamentais (CRUZ, 2010). Ela deve ser debatida e afastada do entendimento da proibição do excesso de restrição de direitos fundamentais, apesar de ser

corrente quando se trata de garantias fundamentais.

A leitura dos direitos e garantias fundamentais através do princípio da proporcionalidade, ou seja, da ponderação de valores não permite a solução da situação vislumbrando a plenitude do contraditório, em plena participação das partes na construção do provimento judicial, conforme cita o prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz (CRUZ, 2010, p. 115). A solução por esse autor, que se baseia em Humberto Ávila (Teoria dos Princípios) é o postulado da proibição do excesso na restrição de um direito. São estas as suas palavras:

[...] a proibição do excesso se afasta da proporcionalidade, eis que permite ao intérprete desvincular-se de uma interpretação monológica, solipsista, que busque a solução dos casos concretos diante do exame dos valores constitucionais por meio de um exame/leitura pessoal do intérprete. Depois porque a ponderação de valores e a proporcionalidade, conceitos imbricados, não suportam a visão de uma jurisdição em contraditório, no qual a argumentação das partes possa contribuir para a decisão judicial, como tão bem nos tem falado Fazzalari. Por fim, a proibição do excesso permite que a hermenêutica se livre da dicotomia entre a subsunção e ponderação, típica de teorias que não escapam da filosofia da consciência (CRUZ, 2010, p. 115-6).

Mais a frente, o referido autor conclui que a proibição do excesso na concretização de um direito deve estar ligado ao mínimo existencial. Este mínimo é relativo a cada direito, cada bem e cada circunstância que integra a pretensão daquele que a pleiteia, ele diz:

Ora, sabemos que os direitos fundamentais impõe pretensões legítimas para a imposição de obrigações que somente podem ser satisfeitas em torno da abstenção, feitura ou entrega de determinados bens. [...] Com isso, queremos dizer que o operador do direito há-de considerar, no momento da concretização das pretensões jurídicas, a natureza de cada bem que integra essa mesma pretensão. Dizer o contrário implica negar uma circunstância absolutamente relevante para o deslinde de qualquer caso concreto (CRUZ, 2010, p. 117).

É fundamental também considerar que por se considerar

cada patrimônio jurídico existencial, cada bem fundamental do indivíduo em sua essencialidade a ponderação de valores se encontra cada vez mais afastada. Ele continua:

Com isso afastamos da ideia típica da ponderação de valores de que devemos pautar a aplicação do Direito considerando apenas a essencialidade desses bens, de modo a estabelecer com isso a fórmula de peso para o sopesamento dos valores (CRUZ, 2010, p. 117).

Conforme também explica Gustavo Amaral, citado do Álvaro Ricardo de Souza Cruz (AMARAL apud CRUZ, 2010, p. 118), ponderar valores e os submetê-los a aferição pelo mínimo existencial é uma ilogicidade, pois o conceito de mínimo existencial varia de acordo com o momento, lugar e época em debate. A essencialidade de um cidadão ou grupo destes não é a mesma essencialidade de outros, ou seja, não é o mesmo mínimo existencial de outros.

Outro parâmetro apontado pelo autor é a existência da “reserva do possível”, conceito que afasta a concepção fechada de Luhmann sobre sistemas (LUHMANN apud CRUZ, 2010, p. 120) e leva a compreensão aberta de Habermas, a qual permite que o sistema jurídico “se mantenha aberto para a linguagem fornecida pelo mundo da vida” (CRUZ, 2010, p. 120). Álvaro Ricardo, cita que o direito é visto por Habermas como um sistema aberto e complexo, “que deverá fornecer decisões dentro do que é “possível” lidando com o risco contingencial e permanente de decisões arbitrárias e ilegítimas, eis que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar (CRUZ, 2010, p. 120).”

Depreende-se, portanto que as decisões judiciais dentro da possibilidade, fator apontado por Habermas, abarca também a possibilidade financeira do Estado em prover parcelas do orçamento para se dedicar a um determinado direito social, sem excluir os demais. Os bens são escassos, é preciso reconhecer! No entanto, há casos que o mínimo existencial de um cidadão supera a reserva do possível do Estado, também é preciso reco-

nhecer!

Ademais, a escassez dos bens deve ser confrontada com a boa administração dos recursos, isso por que pode ocorrer que apesar de haver previsões orçamentárias nas leis que disso tratam, quais sejam, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual (PPA, LDO, LOA), previstas no art. 165 e seguintes da CR/88, o administrador pode deixar de aplicá-los por motivos injustificáveis ou ilícitos. É neste momento, portanto, que atua o judiciário, no controle de legalidade do ato administrativo. Fátima Vieira Henriques bem caracteriza a situação:

Cabe, ainda, uma palavra sobre a prática do contingenciamento dos recursos previstos na lei orçamentária e destinados à implementação de políticas sanitárias. Na hipótese, há crédito orçamentário e dinheiro em caixa, mas o administrador simplesmente protela ou não autoriza a liberação da dotação respectiva. Ainda que a Emenda Constitucional nº 29 não vedasse a contenção dos percentuais mínimos de investimento, verbas necessárias à execução de programas de saúde previstos em lei não são passíveis de contingenciamento, sob pena de burla evidente ao princípio da legalidade. Também não pode haver dúvida de que o custeio de ações não discricionárias – ainda que não veiculadas em lei –, à medida que essenciais à higidez do direito à saúde em grave risco, não pode ser postergado ou obstado (HENRIQUES, 2010, p. 857).

A mesma autora inúmeras as situações que requerem a intervenção do Judiciário, entre elas estão a má prestação dos serviços de saúde que requer, por exemplo, a ordenança de obras em hospital público; o descumprimento da lei de licitações públicas na compra de algum medicamento; o desvio ilícito de recursos públicos ou a sua não previsão nas leis orçamentárias; a proibição de tratamentos discriminatórios no fornecimento de insumos e medicamentos para a população em geral (HENRIQUES, 2010, p. 853-7).

Atente-se portanto para o fato de que os direitos fundamentais em nível social devem ser providos pelo Estado, dentro de limites orçamentários, no entanto, há casos que demandam

uma urgência maior e que para essas situações, há de se analisar se os gastos não feitos com o direito à saúde ou se os gastos realizados em desacordo com a lei não são maiores do que o direito à tutela social à saúde.

4. O DEVER DE PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O Direito Brasileiro está pautado sob um modelo de seguridade social-democrata, no qual o orçamento público deve garantir o mínimo vital ou o mínimo existencial ao cidadão.

Neste modelo universal, a principal questão é a de como prover um direito social a todos se há uma restrição antagônica, mas comum a todos os Estados prestacionais a qual se denomina orçamento e a sua reserva do possível. Este princípio toca o orçamento público e se refere ao quanto será despendido por um Estado para prover direitos subjetivos públicos a prestações positivas.

A expressão “direitos subjetivos públicos a prestações positivas”, é citada pelo Exmo. Min. Gilmar Mendes e no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará e demanda maiores explanações.

Quando se fala em perspectiva subjetiva de direitos, logo se faz o contraste com a perspectiva objetiva. A perspectiva subjetiva leva em conta os direitos individuais do cidadão, sujeito de direitos, que são essenciais para o seu desenvolvimento como pessoa humana. A realização de direitos subjetivos promove a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que ganhou significativa relevância no direito pátrio, relevância essa que por vezes relativiza o conteúdo essencial do princípio, tornando-o o pilar de várias e extrapoladas defesas na Ciência Jurídica.

Já ao se tratar da perspectiva objetiva, comenta Ingo Wolfgang Sarlet que se leva em conta as decisões que direcionam a atuação dos órgãos legislativo, executivo e judiciário

(SARTLET, 2007, p. 159).

Perez Luño, citado por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2007, p. 159) preleciona que:

(...) os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (...)

O direito à prestação do Estado por um tratamento digno envolve dois direitos de duas dimensões diversas. Primeiramente, o direito à vida, que é caracterizado por ser individual, de primeira dimensão e de cunho negativo o que significa que o Estado não pode interferir no direito à uma vida plena e segura do indivíduo. O segundo direito abrangido por esse tópico se denomina direito à saúde, que é um direito social, constitui um direito subjetivo de segunda geração, principalmente de cunho positivo, pois a implementação do seu conteúdo exige a atuação objetiva do Estado ao sobre ele legislar, implementar políticas públicas e julgar demandas que requeiram o provimento jurisdicional quando o direito do cidadão for negado. Nos dizeres do Min. Gilmar Mendes no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 – Ceará: “(...) é uma perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento” (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – Ceará nº 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010).

Ainda comenta José Carlos Francisco:

“Vida” é direito individual abrangido pela Constituição, podendo ser compreendida em sentido biológico (direito ao nascimento, vedação à pena de morte, comercialização de partes do próprio corpo, etc., conforme arts. 5º, XLVII, “a” e art. 199, §4º), em sentido de intimidade e privacidade (vida privada, art. 5º, X) e em sentido qualitativo (existência digna, art. 170). Já a “saúde” é direito social (art. 6º, *caput* da Constituição), integrando a Seguridade Social (juntamente com a previdência e a assistência social, conforme arts. 194 e seguintes da Constituição) (FRANCISO, 2010, p. 861).

É importante ressaltar que a faceta negativa do direito à saúde também tem grande destaque conquanto se apresenta como direito fundamental. Isso se deve ao fato que o ser - humano deve estar protegido contra as interferências estatais ou privadas relativas ao seu direito à saúde.

Os direitos fundamentais positivos, ou seja, que demandam uma prestação do Estado requerem uma dotação orçamentária para sua realização. No entanto, abre-se aqui um parêntese para se dizer que todos os direitos fundamentais, de toda e qualquer dimensão ou geração são direitos que têm conteúdo econômico, demandam uma prestação estatal para sua garantia, implementação ou manutenção (SARLET, FIGUEIREDO, 2010). É o que ocorre com o direito ao devido processo legal, que requer toda a estrutura da máquina judiciária, a presença de servidores e magistrados remunerados pela máquina pública.

Portanto, o Estado deve ter subsídios para prover recursos no que tange a efetivação do direito à saúde à coletividade e para cada indivíduo, pois o Direito à Saúde é um direito subjetivo, individual.

Como solução à problemática da reserva do possível O Min. Gilmar Mendes no AgR. na STA 175 ressaltou que a carência de suporte financeiro para atender as necessidades individuais dos cidadãos deve ser resolvida com:

[...] escolhas alocativas, segundo critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – Ceará nº 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010).

Ele continuou ao afirmar que: “o poder público deve considerar fatores como o número de cidadãos atingidos pela política pública, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.” (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – Ceará nº 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010).

É importante destacar o que Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Filchtiner Figueiredo ponderam sobre o campo de abrangência do princípio da reserva do possível. Segundo eles, o princípio envolve:

a) a concreta e efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos que se relaciona com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas a qual deve ter-se em conta o sistema constitucional federativo Brasileiro; c) o problema da proporcionalidade da prestação e a sua razoabilidade (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 30).

Dentro desses limites citado acima, comentam os autores que se deve fazer uma ponderação de princípios orçamentários e de direitos sociais para que se garanta a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sem que se exclua os direitos sociais de cunho prestacional (2010). Isso significa ponderar o princípio da reserva do possível em face de outros direitos fundamentais sociais.

No entanto, melhor que ponderar, acrescento, seria analisar a particularidade de cada caso e o conteúdo de cada princípio face aos direitos fundamentais de cunho prestacional.

5. A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Constantemente no Brasil, várias pessoas procuram a assistência de órgãos públicos em demandas administrativas em busca da prestação de tratamentos prescritos pelas autoridades médicas, mas que não estão previstos na *Relação de Medicamentos Essenciais* dos entes federativos, que deve seguir a Política Nacional de Medicamentos, disposta na Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde, a qual estabelece diretrizes na elaboração da relação de medicamentos essenciais, para a reorientação da assistência farmacêutica, estimula a produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária. Há outra

gama de medicamentos que também não está descrita nas listas de medicamentos excepcionais dos entes federados.

É noticiável que há casos em que o medicamento tem um custo muito elevado e o seu fornecimento a um cidadão prejudicaria o tratamento de centenas de outras pessoas em uma determinada região, ponto em que entra em conflito o princípio da reserva do possível e o direito ao mínimo existencial.

Outro problema enfrentado perante os órgãos administrativos se refere a indicação terapêutica de um medicamento. Nestes casos há médicos que afirmam haver estudos científicos que comprovem a eficácia dele em face de uma doença, mas que não é compatível com a indicação terapêutica do mesmo, prescrita pelo laboratório responsável pela sua produção e respectivamente, a autorizada pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Aí a situação se iguala a prescrição de um tratamento que não está disponível no SUS ou que não foi liberado pela ANVISA, uma vez que são experimentais ou ainda não chegaram a esse nível de pesquisa em território nacional.

Tem-se por certo que ultrapassar os limites da normativa administrativa nacional sobre a autorização de medicamentos seria batalhar por uma assistência “irrestrita e ilimitada”, como preleciona Fátima Vieira Henriques (HENRIQUES, 2010, p. 835), a qual é indevida e perigosa.

Cita a autora:

Tampouco é possível considerar inserido no âmbito da assistência integral o fornecimento de medicamento não aprovado pela vigilância sanitária nacional. Ora, se o fármaco ainda não foi testado e liberado para consumo e comercialização no país, e, portanto, sequer existe certeza sobre sua eficácia, benefícios e efeitos colaterais, evidente não ser dado ao juiz substituir-se à autoridade técnica e, com fundamento em simples prescrição médica, determinar sua aquisição e distribuição compulsórias. Mais até: uma vez que a vigilância sanitária constitui ela própria importante política pública voltada à pro-

teção da saúde, ao desprestigiá-la estará o magistrado descumprindo exatamente os mandamentos constitucionais que imaginava reafirmar (HENRIQUES, 2010, p. 836).

A definição, pelo administrador, dos tratamentos e medicamentos a serem liberados para a comercialização dentro do país leva em conta a razoabilidade da decisão, pois esta visa o consenso dos postulados jurídicos concretizados nas normas jurídicas com a normativa administrativa, tal como afirma o prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Desse modo, se razoabilidade for entendido como garantia de coerência lógica e interna do sistema jurídico, isso é, como elemento dos postulados jurídicos, não vemos impeditivo para o seu emprego (CRUZ, 2010, p. 114).

Outro ponto que foi citado é a necessidade médica do paciente que demanda por uma prescrição não fornecida pelo Sistema Único de Saúde, pois não descrita na Relação de Medicamentos Essenciais ou nas listas de medicamentos excepcionais dos entes da federação. Isto ocorre por existirem enfermidades raras não contempladas pelos programas. A necessidade terapêutica, nestes casos, há de ser comprovada, por isso é necessário saber se há tratamento disponível no país, o seu custo, a sua substitutibilidade, caso disponível apenas no exterior, a sua eficácia e regularização junto ao órgão de vigilância sanitária.

Lícito concluir, pois, que, em demanda por remédios não fornecidos usualmente pelo SUS, é ônus do autor comprovar ter seguido os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos para o tratamento de sua enfermidade – ou que não o fez por saber de antemão que tal proceder seria inócuo. Se ainda assim não obteve resultado satisfatório, enquadrando-se na parcela normalmente pequena de pacientes resistentes às terapêuticas de prescrição usual, aí sim poderá fazer jus a tratamento distinto, desde que a sua pretensão atenda aos demais critérios de justiça já elencados e explicitados. Indispensável, pois, que o demandante comprove não só a sua necessidade financeira, como também sua necessidade médica (HENRIQUES, 2010, P. 839).

Assim, cabe ao juiz não apenas proferir decisões fun-

damentadas em simples relatórios médicos que não indiquem nem ao menos o CID (Classificação Internacional de Doenças) da enfermidade ou em previsões de regulamentação de medicamentos pela agência sanitária nacional, como se verá no caso a ser exposto a seguir. A necessidade do tratamento há-de ser plenamente comprovada, como também a incapacidade financeira do autor, para que haja maior racionalidade da decisão, que está incluída no processo democrático.

Em muitos casos, perícias técnicas e análises clínicas são necessárias para a composição do provimento judicial. Neste caso, a noticia-se que a Defensoria Pública de Minas Gerais disponibiliza formulários aos assistidos para demandas em medicamentos, insumos (p. ex. agulhas e fraldas), aparelhos, internações, exames, atendimentos por especialistas, que contém questões fundamentais a orientar o médico em seu relatório, como as a seguir:

- (a) identificação das doenças com o respectivo código CID-10, que significa a Classificação Internacional de Doenças;
- (b) identificação do princípio ativo do medicamento (e não apenas de seu nome comercial) e se há algum genérico que possa ser prescrito;
- (c) identificação e explicação fundamentada de todas as medidas alternativas que já foram tentadas com os recursos disponíveis no SUS;
- (d) declaração de que o medicamento é insubstituível por outro com a mesma eficácia médica; clínica ou terapêutica disponível no SUS;
- (e) declaração de que o médico atende pelo SUS e acompanha o paciente pelo SUS, ou seja, que o médico é servidor público, não tendo validade a declaração de médico particular;
- (f) explicação dos riscos que corre o paciente na hipótese de ausência da abordagem, tratamento médico adequado (p. ex: risco de morte); e outros esclarecimento técnicos que o médico entender importantes.*

Um relatório médico bem estruturado e fundamentado facilita a atuação do juiz e supera a defesa administrativa, que

* Dr. Marco Paulo Denucci Di Spirito (Defensor Público de Minas Gerais). Palestra proferida aos Defensores e estagiários da Defensoria Especializada em Direitos Humanos. Belo Horizonte: 27 de agosto de 2010.

estará diante de uma situação em que o direito à saúde, bem estar, dignidade da pessoa humana, manutenção de uma vida saudável e até mesmo o direito à vida supera toda a alegação baseadas no uso irregular de verbas públicas (art. 315 do Código Penal); defesas orçamentárias (art. 167 da CR/88) e baseadas nos princípios da Administração Pública (art. 37 CR/88), visto que por vezes, o ente-federativo tem o recurso para gastar com o paciente, só que se encontra desviado, tal como ocorre nos municípios de Curalinho (PA), São Sebastião (PA) e Tefé (AM) veiculados na notícia divulgada pelo Fantástico em 27/02/2011, em que as verbas públicas destinadas à educação e à saúde são desviadas deixando a população carente a mercê da sorte no atendimento básico de saúde⁹.

Fato é que sob as argumentações fundamentais, as demandas individuais tem logrado êxito. Segundo dados coletados na pesquisa quantitativa e qualitativa realizada por Florian F. Hoffmann, Fernando R. N. M. Bentes e equipe, intitulada “A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica”, publicada na obra *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, “o Ministério da Saúde calcula que, em todos os Estados, gatos extras associados a litígios tenham sido, só em 2007, no montante de R\$ 1 bilhão” (HOFFMANN, BENTES, 2010, p. 416), frisa-se, em demandas individuais e coletivas. Outro dado disponibilizado pelos pesquisadores é que na área da saúde, os litígios individuais têm maior êxito do que os coletivos, o que evidencia ser a maior parcela destes bilhões destinados ao provimento de medicamentos, no ano de 2007, a demandantes individuais (HOFFMANN, BENTES, 2010).

Entretanto, há momentos únicos que não pode o juiz também esquecer-se da máxima da “reserva do possível”, tão

⁹ GLOBO. Cidades tem os casos mais graves de desvio de verba pública. Fantástico, 27/02/2011. Disponível em:

<<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1650291-15605,00.html>>

Acesso em 09 de março de 2011.

difundida na doutrina e jurisprudência pátrias. A reserva do possível deve ser aplicada sob os princípios que justifiquem a sua aplicação, não apenas em argumentos políticos. O prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz bem afirma que “há de se ter sempre a consciência da finitude de recursos, de modo que uma decisão judicial implique sempre em riscos” (CRUZ, 2010, p. 131).

O citado autor continua pontuando que as decisões judiciais, quando afirmam existir uma reserva do possível, são decisões que levam em consideração a vontade política daqueles que governam, sob a prática da “Jurisprudência dos Valores” que não levam em conta “argumentos de princípio”. Um exemplo fornecido pelo autor é “o Supremo negar na via concentrada uma manifestação direta sobre a constitucionalidade do Plano Collor, eis que se não fosse assim a inflação iria parar na estratosfera” (CRUZ, 2010, p. 127). A vontade dos governantes foi expressa nesta presumida decisão, no entanto, a realidade, o porquê da decisão, a fundamentação lógica e correta não foi dada.

Outra análise a ser feita tange a necessidade de cada pessoa em cada caso concreto, o mínimo existencial em saúde para cada indivíduo que litiga perante o Poder Judiciário, pois para a população brasileira, estrangeiros que aqui residam ou que estejam de passagem (art. 5º, *caput*, em uma interpretação extensiva, visando a igualdade) este mínimo já foi estabelecido no art. 196 da Constituição que fala na garantia do direito à saúde, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua *promoção, proteção e recuperação*.” (destaquei).

Como resposta à questão, conclui-se que o mínimo existencial dos indivíduos que litigam perante o Poder Judiciário deve ser analisado em cada subjetividade. Por isso, faz-se necessário um relatório médico circunstanciado, como o utili-

zado pela Defensoria Pública de Minas Gerais nas demandas de saúde, para que o juiz tenha a plena convicção que ao julgar, realizará um preceito constitucional, direito fundamental, na vida de um cidadão.

E mais, a concessão de tratamentos e medicamentos experimentais, ou seja, ainda não aprovados pela vigilância sanitária do país deve ser analisada com maior critério.

Faz-se por bem citar o exemplo dado por Fátima Vieira Henriques:

Recentemente, diversos pacientes portadores de câncer de pulmão, animados pela notícia de que a *Food and Drug Administration* (FDA), agência norte-americana de vigilância sanitária, aprovava em caráter provisório a utilização da substância gefitinib, ingressaram em juízo com o intuito de obter gratuitamente a nova droga, comercializada sob a denominação Iressa. Pois bem: a condenação estatal sobreveio na maioria dos casos, ainda que o medicamento se encontrasse sob análise da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e mesmo após ter ela editado a Resolução ANVISA nº 1.363, de 21/08/2003 (disponível, conforme acesso em 20/05/2007, no sítio eletrônico http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/2003/re/1363_03re.htm), por meio da qual indeferiu o registro, à vista de pesquisas que demonstraram sua ineficácia. [...] Em 17/02/2004, a FDA reconheceu o insucesso dos estudos científicos desenvolvidos após a aprovação provisória do Iressa, recomendando, por intermédio de alerta posterior, que novos paciente adotassem outros tratamentos comprovadamente eficazes. Para a íntegra da declaração e do alerta divulgado pela FDA sobre o medicamento, confirmam-se, conforme acesso em 20/05/2007, os endereços eletrônicos <http://www.fda.gov/bbs/topics/news/2004/new01145.html> e <http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/gefitinib/default.htm>. (HENRIQUES, 2010, 836-7).

A autora cita uma decisão em Suspensão de Segurança, nº 1.408/SP do STJ em que o então Ministro presidente Edson Vidigal determinou que o Iressa fosse fornecido a uma paciente, sob o argumento de que:

o simples fato de inexistir registro do medicamento no Minis-

tério da Saúde” não representaria “ameaça de lesão à ordem ou saúde pública”, nem tão pouco à saúde da demandante, já que havia prescrição por médico responsável (HENRIQUES, 2010, p. 837).

O caso em concreto deve ser entendido como um ramo do um problema maior, que abarca a coletividade. Dessa forma, é pertinente entender que da análise de cada situação fática “o juiz deve sempre considerar aspectos de macro-justiça ao examinar demandas sociais” (CRUZ, 2010, 127), sob pena de abarcar no retrocesso social. Para exemplificar: não é legal deixar de fornecer glicosímetros a milhares de pacientes com a Diabetes tipo 1 da rede pública de saúde em benefício de um tratamento em fase experimental de outro paciente com qualquer tipo de patologia clínica, visto a necessidade de regulamentações necessárias no órgão competente e a macro-visão sobre o problema.

Luiz Roberto Barroso no texto “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial” traçou diretivas a servirem como direcionamentos às decisões judiciais quando for discutida a alteração de listas medicamentosas, utilizadas pelo poder público. Ele traçou que:

- a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos [...];
- b) o Judiciário só deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil [...];
- c) o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo [...];
- d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida [...]. (BARROSO, 2010, p. 900-2).

Dessa forma, não há que se negar o fornecimento de tratamentos pelo SUS àqueles que se encontram em situações extremas, pois o mínimo existencial, que é a atenção básica e preventiva, deve, se não já está, disponível na rede pública de saúde. O que se quer é racionalizar a concessão desses tratamentos, para que não haja oneração da máquina estatal de for-

ma irracional e diversas outras pessoas saíam prejudicadas, por uma decisão que beneficiou apenas um cidadão. Isto posto, há uma solução, a de considerar o fornecimento de cada medicamento de alto custo em sua particularidade, sob os parâmetros definidos por Barroso, considerando a instabilidade dos tratamentos experimentais.

Outro problema existente é relatado por Fátima Vieira Henriques (2010). Ela trata sobre a onerosidade do sistema com pessoas que possuem condições de arcar com os tratamentos médicos adiante, a relativização do princípio da universalidade das prestações públicas de saúde diante da igualdade material entre uma pessoa que pode arcar com os serviços de medicina preventiva e curativa:

A captura pela classe média de boa parte dos recursos públicos destinados à saúde pública [...] subverte por completo a função essencial dos direitos fundamentais sociais em sua feição positiva, qual seja, assegurar àqueles que não dispõem de recursos bastantes – seja em razão de fatores físico-psíquicos, seja por conta da falta de meios econômicos – condições efetivas de exercitar sua liberdade e desfrutar de verdadeira igualdade de oportunidades (HENRIQUES, 2010, p. 828).

[...]

Se é verdade que o acesso ao sistema público foi franqueado de forma incondicionada à população em geral, isso não significa que a integralidade das ações e serviços nele compreendidos deva ser necessariamente ofertada a todos livre de qualquer ônus. É claro que exigir contraprestação daqueles indivíduos que não reúnem condições financeiras suficientes para com ela arcar seria fazer do acesso universal tabula rasa; entretanto, até mesmo por força do princípio da igualdade material, tal raciocínio não se aplica àqueles mais abastados, que poderiam perfeitamente pagar pelos serviços que lhes fossem fornecidos, especialmente pelas prestações de medicina preventiva e curativa passíveis de individualização (HENRIQUES, 2010, p. 830).

Gustavo Amaral e Danielle Melo, no artigo intitulado “Há direitos acima dos orçamentos?” presenteou o leitor com estatísticas, as quais algumas merecem a transcrição neste tra-

balho:

Outro exemplo muito interessante trazido por outro periódico está no Correio Brasiliense de 14.ago.2003, versão eletrônica (http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20030814/pri_cid_140803_105.htm. Acesso em 26.out.2006). Surge a situação de milhares de pessoas que não conseguiam marcar exames de ecocardiograma, que na rede privada custaria entre R\$ 150,00 e R\$ 170,00, mas só 250 conseguiram ser atendidas. Na mesma página, aparece outra situação, a de uma aposentada que obteve do Conselho Especial do TJDF ordem para que a Secretaria de Saúde do DF fornecesse o medicamento Herceptim 440mg, que não consta na lista oficial de remédios de alto custo do Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo a reportagem, cada ampola custa R\$ 6 mil (AMARAL, 2010, p. 87).

Este é mais um exemplo da desigualdade material causada não pelas decisões judiciais, mas pela ineficácia das prestações públicas de saúde aliada à necessidade de sobrevivência de determinados indivíduos.

6. CONCLUSÃO

Tendo em vista somente o direito à vida e a saúde do indivíduo, a determinação do provimento do custeio pelo ente público de tratamento médico a algum cidadão pelo magistrado parece fácil: a sentença deve determinar o provimento do direito à vida e a saúde, bens indisponíveis ao ser - humano. No entanto, o problema toma outros contornos quando para o custeio de determinado tratamento médico, se faz necessário interromper o tratamento de centenas de outras pessoas, visto o elevado custo da profilaxia de determinado indivíduo. Nesse momento, a solução passa a tomar outros contornos do que o esperado “prover” ou “não prover”, isso porque todas as situações demandam a análise do caso em concreto. Como coloca o Exmo. Min. Gilmar Mendes no julgamento do citado Agr. Reg. na STA 175:

Se as prestações de saúde não estiverem entre as políticas do

SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa; (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

No entanto, há outros casos em que há uma omissão do ente público em cumprir a política pública já existente, fator que demanda uma maior fiscalização e o cumprimento de medidas que visem constringer o abuso praticado pelos corruptos.

Sob um ponto de vista mais amplo, Ana Paula de Barcelos (BARCELOS, 2010, p. 803-826), (BARROSO, 2010, p. 875-903) Luís Roberto Barroso e tantos outros doutrinadores defendem a propositura de ações coletivas as quais proporcionem a efetiva realização do mínimo existencial relativo ao direito à saúde, de forma que o que a todos é devido, seja a todos provido, sem excluir àqueles que das medidas teriam direito.

É certo que a abrangência das ações coletivas e as de caráter abstrato é maior. Por ações coletivas entendem-se aquelas que atinjam todos aqueles que se encontre em condição equiparável, como a propositura de uma Ação Civil Pública para a construção de um posto de saúde em determinada região da cidade. Já as ações de controle de abstrato têm por objeto a análise do destino das alocações orçamentárias, sanada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de caráter abstrato ou concreto, ou por ADPF, no caso de descumprimento de preceito fundamental (BARCELOS, 2010, p. 817).

Disserta Luís Roberto Barroso:

(...) a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações, etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (*e.g.*, qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo (BARROSO, 2010,

899).

Por fim, a realidade da alocação de recursos financeiros e a disponibilidade da máquina pública é entendida como prover mais do que é possível pelo mínimo existencial, o qual é entendido pelo que é garantido constitucionalmente ao cidadão e concretizado, obviamente, por Portarias e Leis ordinárias. Sob a análise do mínimo existencial, como já citado, ele não depende da concretização legislativa ou administrativa, pois já está previsto constitucionalmente, mas todo o aparato normativo e legal que dispomos é necessário para a sua efetividade no plano concreto.

É possível perceber que a análise da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde não envolve apenas uma análise utópica e positivista do assunto, mas também se leva em conta parâmetros materiais e os casos concretos.



BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Gustavo. MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79-99.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 803-826..
- BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judiciali-*

- zação Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gr^{atuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial}*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 875-903.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 87-136.
- FRANCISCO. José Carlos. *Dignidade Humana, Custos Estad^{tais e Acesso à Saúde}*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 859-873.
- GLOBO. *Cidades tem os casos mais graves de desvio de verba pública*. Fantástico, 27/02/2011. Disponível em: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL_1650291-15605,00.html> Acesso em 09 de março de 2011.
- HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 827-858.
- HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos,*

- Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 05-24.
- HOFFMAN, Florian F; BENTES, Fernando R. N. M. *A Liti-gância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 383-416.
- NERY, Nelson. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. até 15.01.2009 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Org.) *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 515-551.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Funda-*

mentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ª Ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133-153.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – Ceará nº 175*, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tiragem – outubro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 245-257.