

PONDERAÇÕES ACERCA DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: O CASO DOS MEDICAMENTOS*

Thales Henrique Ribeiro Silva**

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve notícia sobre a saúde e o direito à saúde; 2.1 Perspectivas e conceitos de saúde; 2.2 Do direito à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 2.3 Da natureza jurídica do direito à saúde; 3 Síntese do pensamento constitucional contemporâneo; 3.1 Da imperatividade das normas constitucionais; 4 Limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário frente às demandas judiciais por medicamentos: algumas ponderações; 4.1 Alguns números da judicialização da saúde no País; 4.2 Da desorganização da Administração Pública; 4.3 Da escassez de recursos públicos; 4.3.1 Da cláusula da reserva do possível; 4.3.2 Do mínimo existencial; 4.3.3 Da discriminação negativa; 5 Considerações finais.

Resumo: Objetiva o presente estudo analisar as censuras direcionadas ao Poder Judiciário, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, especificamente quanto aos seus limites e possibilidades no enfrentamento da judicialização do direito à saúde no País, relativamente às ações judiciais nas quais o Poder Executivo é obrigado a entregar medicamentos aos jurisdicionados. Serão perquiridas as críticas mais frequentes e relevantes para a prática forense, quais sejam, a *desorganização da Administração Pública*, a *escassez de recursos financeiros* e a *discriminação negativa*. Nesse sentido, nosso estudo pretende demonstrar e superar os erros e incoerências nas quais as referidas críticas podem incorrer, caso ancoradas irrefletidamente em teorias alienígenas, não adaptadas à realidade nacional, ou em falsas premissas sociais, políticas ou econômicas. Tudo com o fim de contribuir para o ajustamento da atuação do Poder Judiciário diante desse complexo e cada vez mais intenso fenômeno jurídico-social, que tem sua razão de ser na garantia do direito social e fundamental à saúde dos brasileiros, especialmente daqueles menos abastados.

Palavras-chave: Direito à saúde. Controle judicial de políticas públicas. Medicamentos. Judicialização da política. Ativismo judicial.

* Artigo científico elaborado com fundamento em Projeto de Iniciação Científica desenvolvido pelo autor, sob orientação do Professor Doutor Carlos José Cordeiro e com financiamento pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Projeto FAPEMIG 2012-SAP003).

** Advogado e consultor jurídico. Especializando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ), graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

1 Introdução

O fenômeno da judicialização do direito à saúde, no Brasil, ganha contornos cada vez mais intensos com o caminhar de sua sociedade, que vê no Poder Judiciário um novo e eficaz meio de se implementar, satisfatoriamente, tal direito subjetivo público garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigos 6º e 196 ao 200).

Pode-se afirmar que esse fenômeno jurídico-social encontra sua gênese na omissa e/ou ineficaz promoção, proteção e recuperação da saúde pela Administração Pública brasileira, em todas as esferas governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Isso porque, não raras vezes, a estrutura e os anseios delineados nos planos da política e da formalidade de comandos normativos não se concretizam em realidade prática, restando aos administrados senão outra via que o Poder Judiciário, último agente de poder, sob o ponto de vista estatal, chamado a intervir quando configurada determinada crise jurídica.

E a crise da saúde no Brasil, que não se restringe somente às questões que se desenvolvem no campo do Direito, talvez seja um dos exemplos mais contundentes de como a combinação entre neoconstitucionalismo, avanços da medicina, conscientização política da população e o aparelhamento de órgãos públicos destinados a patrocinar judicialmente os menos abastados, pode resultar num perigoso e inevitável caldeirão social.

Entretanto, há que se reconhecer que são pouquíssimos os países no globo terrestre que dispõem de um sistema público de saúde como o do Brasil, com cobertura integral e universal, financiado integralmente pelo Estado, o que nos enche de orgulho e de esperança. Mais de esperança do que de orgulho, é verdade.

É que teoricamente considerado, e em alguns aspectos práticos, o Sistema Único de Saúde (SUS) é um arquétipo de realização da saúde.¹ Quantas histórias de vida e de superação não devem suas graças a ele? Não fosse o SUS, inúmeras famílias brasileiras não conseguiriam sequer sobreviver, já que para quem vive na berlinda entre a miséria e a pobreza, um simples tratamento de saúde junto à iniciativa privada representa um vultuoso impacto financeiro.

¹ Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP). OMS: SUS é exemplo de acesso à saúde pública. Rio de Janeiro. 08/02/2012. **Informe ENSP: Notícias**. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/29364>>. Acesso em: nov. 2013.

Surge então a necessidade de se encontrar soluções para superar a ineficiência e a ausência de assistência farmacêutica no âmbito do SUS, fatores desencadeadores de apenas uma das inúmeras faces da *judicialização da saúde*, ou do *direito à saúde*, como alguns preferem.

Nesse cenário, restringiremo-nos a debater as principais oposições a que o Poder Judiciário possa imiscuir-se nas políticas públicas de saúde, relativamente às condenações impostas ao Poder Público para a entrega de medicamentos e insumos terapêuticos aos pacientes individualmente jurisdicionalizados.

2 Breve notícia sobre a saúde e o direito à saúde

Antes de enfrentarmos o mérito da pesquisa, e para melhor entendermos o norte das políticas públicas de saúde, faz-se mister esclarecer o que é saúde, como o direito à saúde está disciplinado na Constituição Cidadã e qual é a sua natureza jurídica. É o que faremos a seguir.

2.1 Perspectivas e conceitos de saúde

A preocupação do homem para com sua saúde está intimamente ligada à preocupação com a sua própria existência. Nesse sentido, infere-se que desde o momento histórico no qual o ser humano diferenciou-se dos demais animais, num processo contínuo de evolução e seleção natural, o aprimoramento dos cuidados para com a saúde, a exemplo da noção de higiene, tem sido um dos fatores determinantes para a preservação da espécie humana.

Conforme observa Raefray (2005, *apud* SIQUEIRA, 2011, p. 44)

Desde os primórdios da sua existência, o Homem se preocupa com a própria saúde, seja na era primitiva, quando lambia as próprias feridas, como todos os animais ainda o fazem, seja na era atual, onde os contínuos avanços tecnológicos propiciam a cura de muitos males, os quais, no passado, levavam reiteradamente à morte.

Hipócrates, reconhecido como o “pai da medicina”, defendia que “*a saúde consistia no equilíbrio entre influências ambientais, formas de viver e vários componentes da natureza,*

numa clara percepção da inter-relação de corpo, mente e meio ambiente” (1839, apud MARTINS, 2008, p. 72) (destaquei).

No período medieval (séculos V ao XV), a saúde era tida com um dom de Deus e a doença, conseqüentemente, como um castigo divino. Neste momento histórico, a ciência ainda não dispunha de muito espaço e prestígio no seio das sociedades do Velho Continente.

Foi somente após a Revolução Industrial (século XVIII) que a saúde ganhou *status* social de bem precioso, imprescindível à manutenção no homem, o que possibilitou sua proteção no ordenamento jurídico de inúmeras comunidades europeias, quando as políticas de ações sanitárias começaram, então, a ganhar contorno no espaço urbano e social.

Observa-se que a conscientização sobre o papel desempenhado pela saúde e tudo aquilo que envolve sua proteção têm acompanhado a própria evolução material e espiritual do Homem, sendo impossível estabelecer um conceito de saúde universal, imutável. Na observação de Rocha (2011, p. 16),

Dos pensadores da Grécia Antiga aos dias atuais, a imprecisão do termo saúde revela pensamentos distintos sobre o tema: de um lado o entendimento de que a saúde relacionava-se com o meio ambiente e as condições de vida dos homens; de outro lado, o conceito de saúde como ausência de doenças.

No campo político, a saúde, enquanto direito do ser humano e obrigação do Estado em sua proteção, apresenta importante vulto internacional. É o que atesta, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, fonte mais importante das modernas constituições, mais especificamente o seu artigo XXV, *in verbis*:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família *saúde e bem-estar*, inclusive alimentação, vestuário, habitação, *cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis*, e direito à segurança em caso de desemprego, *doença*, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle [...] (destaquei)

A partir dessa Declaração, observa-se a real dimensão que a saúde representa, ou deveria representar, para todas as nações do mundo. Não há que se falar em dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à educação, à moradia *etc.*, sem antes garantir-se, ainda que minimamente, o direito à saúde de cada ser humano.

Nesse sentido, em se tratando do Homem, um complexo animal político (*zoon politikon*)², numa perspectiva holística de sua condição, o conceito de saúde empreendido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) - divulgado na Carta de Princípios de 7 de abril de 1984, data na qual se comemora, desde então, o Dia Mundial da Saúde -, é bastante apropriado, qual seja, “*saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade*”.

Voltando-se à compreensão da saúde no contexto brasileiro, leciona Flávia Bahia Martins (2008, p. 74) que

O conceito ampliado de saúde no Brasil recebeu apoio da 8ª Conferência Nacional da Saúde (que precedeu a Constituinte de 1987) que definiu a saúde como sendo “*a resultante das condições de alimentação, habitação, educação e renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde*”. (destaquei)

O último conceito dado, pois, por ser ainda mais amplo, é o mais coerente com o real alcance e importância que a saúde representa para todo ser humano.

2.2 Do direito à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Nossa atual Magna Carta tem por objetivo principal a reprodução e manutenção de uma vida digna para todos os indivíduos, estabelecendo, expressamente, em seu art. 1º, inciso III, a *dignidade da pessoa humana* como um axioma fundamental de nossa República.

Em decorrência dessa opção política do legislador constituinte originário, ao tratar-se dos direitos e garantias fundamentais no Título II da referida *Lex Mater*, estabelece-se um verdadeiro núcleo de proteção da pessoa humana³, traduzido por posições jurídicas passíveis de serem opostas ao Estado, que se viu obrigado à adoção de diferentes comportamentos nesse objetivo; ora por condutas negativas (omissões), ora por ações positivas. Estas consistentes na implementação de políticas públicas indispensáveis à concretização do que está normativamente dirigido.

² Sobre a existência e condição humanas, confira ARISTÓTELES. **Ethica Nicomachea I 13 – III 8. Tratado da virtude moral**. Tradução, notas e comentários de Marco Zingano. São Paulo: Odysseus, 2008.

³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 191.

Tudo com o fim de se concretizar o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas e o fortalecimento da democracia brasileira. Nesse diapasão, preleciona José Afonso da Silva (2008, p. 181) que “*no qualitativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e, às vezes, nem mesmo sobrevive*” (destaquei).

Ademais, devemos nos atentar para o artigo 6º, consignado no supramencionado Título do Estatuto Básico, no qual se consagram, genérica e exemplificativamente, alguns dos direitos sociais, econômicos e culturais indispensáveis à vida de todos os seres humanos, cuja implementação incumbe, originariamente, ao Poder Público. Confira:

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. (destaquei)

Assim, o direito à saúde está inserido no rol de direitos sociais erigidos pelo Poder Constituinte como um daqueles fundamentais à realização de uma vida digna; aliás, como não poderia deixar de ser, haja vista a essencialidade do direito em questão.

Registre-se que a atual Constituição da República foi a primeira na história do país a conferir a devida importância à saúde, vislumbrando-a como um direito fundamental. Na observação do citado Professor José Afonso da Silva (2008, p. 308-309):

O tema da saúde não era todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para *legislar sobre defesa e proteção da saúde*, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, *trata-se de direito do homem*. (ressaltei)

Direito do homem esse que, como sabemos, destina-se a proteger sua própria dignidade, a fim de que sua integridade físico-mental seja preservada, pois somente assim ele progredirá socialmente, exercitará a plena cidadania, integrar-se-á no diálogo democrático, contribuindo, de fato, na busca e concretização do bem comum, finalidade última do Estado.

De outro lado, a premissa básica consignada na atual Magna Carta, no que se refere ao direito à saúde, é a de que se trata de um *direito* de todos e de um *dever* do Estado. Senão vejamos:

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.

Portanto, o dispositivo se faz imperativo, impondo ao Estado a função básica e essencial de atuar, articulando políticas públicas e outras ações pertinentes, a fim de promover a construção de uma nova ordem social, que preze, de fato, pela vida e saúde daqueles que se encontrem em território nacional.

2.3 Da natureza jurídica do direito à saúde

O direito à saúde é qualificado, no plano internacional, como um *direito humano*, conforme se depreende do já mencionado art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

E dada a importância de tal direito, o constituinte brasileiro tratou de positivá-lo no ordenamento jurídico, elevando-o à categoria dos *direitos fundamentais* que, como é sabido, são dotados de aplicabilidade imediata, conforme expressamente disposto no art. 5º, § 1º da *Lex Legum*:

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. (destaquei)

Dá sua prestação poder ser exigida do Estado, inclusive mediante ação judicial. Há que se reconhecer, no entanto, que essa possibilidade não foi alcançada por mera opção científica ou sugestão moral de alguns estudiosos ou aplicadores do Direito.

Foi, ao revés, conquistado graças ao movimento denominado de *constitucionalismo contemporâneo* que, guiado pela *Teoria dos Princípios*⁴, atribuiu, desde o final do século

⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 22 e ss., e

passado, força normativa (imperatividade) às normas constitucionais, incluindo-se aí o direito social à saúde, não mais compreendido como inserto em normas meramente programáticas.

Nesse sentido, são as palavras de Daniel Sarmento (2008, p. 563):

No Brasil, até não muito tempo atrás, não se levava a sério a ideia de que a Constituição era verdadeiramente norma jurídica. Tal fato devia-se menos a aspectos formais do nosso Direito Constitucional – afinal, a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade das leis são institutos tradicionais no país – e mais a aspectos da nossa cultura jurídica e social, aliados a um ambiente político desfavorável – autoritário em alguns momentos, e patrimonialista em todos. A “virada” só veio a ocorrer após a Constituição de 88, num ambiente político mais democrático, e sob a inspiração da doutrina constitucional da efetividade, bem simbolizada pela obra de Luís Roberto Barroso (sic). *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Nesse ambiente, vislumbra-se o importantíssimo papel assumido pelo Poder Judiciário, enquanto concretizador da Carta Política, especialmente diante das situações de seu descumprimento, como nos casos de políticas públicas de saúde ineficientes, quando não inexistentes.

Portanto, o magistrado, enquanto representante do Poder Judiciário, mais do que a possibilidade, tem o dever de intervir, quando devidamente provocado e se necessário, para a efetivação dos direitos fundamentais. Sob o mesmo ponto de vista, assinala Zollinger (2006, p. 76) que

Ainda no que diz respeito à perspectiva da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais, *os juízes e tribunais devem aplicar diretamente os direitos fundamentais diante de omissão legislativa ou de proteção legal insuficiente*, considerando, entretanto, o grau de densidade da norma de direito fundamental e visando atender ao mandado de otimização que exige a proteção mais ampla possível dos bens jusfundamentais.

Corroborando com o que foi argumentado, assinala-se que diante da omissão ou atendimento ineficaz ao imprescindível direito à saúde, pela Administração Pública, há respaldo não só jurídico, mas também social e político para que os administrados (pacientes) recorram ao Judiciário, última chance em verem honrado o compromisso assumido pelo Estado brasileiro para com a saúde.

3 Síntese do pensamento constitucional contemporâneo

Apresentados os conceitos e parâmetros básicos atinentes à saúde e ao direito à saúde, impede-nos, enquanto item indispensável ao estudo da judicialização dos direitos sociais no século XXI, analisar alguns aspectos do que se convencionou denominar de *pensamento constitucional contemporâneo*.

Isso porque é justamente neste contexto jurídico, cultural e político que as normas constitucionais são dotadas de *imperatividade*, o que possibilita, dentre outras razões, que o Poder Judiciário assumira um papel mais engajado diante das políticas públicas, quando essas forem negligenciadas pela esfera do Poder Público originalmente competente para sua realização.

Entendamos melhor o que representa essa característica das normas constitucionais.

3.1 Da imperatividade das normas constitucionais

Superada a era do positivismo puro (séculos XIX e XX), na qual se rejeitava qualquer investigação do conteúdo valorativo das normas, em nome da autonomia científica da ciência jurídica⁵, adentra-se na era do pós-positivismo.

Nesse momento, exsurge uma nova compreensão quanto ao papel desempenhado por uma *Constituição*, não só em seu viés jurídico, mas social também. Segundo Cruz (2005, p. 34),

[...] com o fim da Segunda Guerra Mundial, abriu-se na Europa Ocidental um modelo de Estado Constitucional que concebe a Constituição como uma norma que incorpora um denso conteúdo normativo, composto de valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos.

Na observação de Martins (2008, p. 18), “[...] é nesse momento que nasce o que chamamos de “rito de passagem”, o pós-positivismo, amparado pelas valiosas colaborações

⁵ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre a abertura das Constituições aos princípios [...]”. E continua:

Paulo Bonavides, para quem “a teoria dos princípios se converteu no coração das Constituições”, é um dos expoentes do rito de passagem pós-positivista no Brasil. Segundo o jurista, as Constituições promulgadas nas últimas décadas do século XX acentuaram a hegemonia axiológica dos princípios, que foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (MARTINS, 2008, p. 18)

As normas constitucionais assumem, pois, uma nova função. É na era pós-positivista que se reconhece a normatividade dos princípios, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais ascendem ao *status* de epicentro do ordenamento jurídico. Na explicação de Luís Roberto Barroso (2001, p. 177),

O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Especificamente sobre o neoconstitucionalismo, pondera Martins (2008, p. 29) que

Como o neoconstitucionalismo pretende defender o direito como uma ciência prática, destinada a resolver problemas sociais e a transformar os direitos (e o direito) a partir da Constituição, é indispensável uma releitura dessas disposições, como bem leciona Pietro Sanchís: (...) o neoconstitucionalismo requer uma nova teoria das fontes afastada do legalismo, uma nova teoria da norma que dê entrada ao problema dos princípios e uma reforçada teoria da interpretação, nem puramente mecanicista, nem puramente descritiva, em que os riscos que comporta a interpretação constitucional possam ser conjugados por um sistema plausível de argumentação jurídica (Sanchís, 2003, p. 158).

Em linhas gerais, compreende-se que o pensamento constitucional contemporâneo supera a visão clássica do positivismo, especialmente pela inclusão valorativa dos princípios em seu sistema de normas.

E é justamente em virtude da moderna compreensão e valoração da força e efetividade que as normas constitucionais possuem, ou ao menos deveriam possuir, que emerge a judicialização dos direitos sociais no Brasil, especialmente do direito fundamental à saúde, objeto desta pesquisa.

4 Limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário frente às demandas judiciais por medicamentos: algumas ponderações

Partindo das premissas legais e doutrinárias até aqui expostas, investigaremos a seguir os principais argumentos contrários à intervenção do Judiciário nas políticas públicas de saúde, relativamente às demandas individuais ajuizadas para a obtenção de medicamentos às expensas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Nesse sentido, nosso estudo pretende demonstrar e superar os erros e incoerências nas quais as referidas críticas podem incorrer, quando ancoradas irrefletidamente em teorias alienígenas, não adaptadas à realidade nacional, ou quando apoiadas em falsas premissas sociais, políticas ou econômicas.

4.1 Alguns números da judicialização da saúde no País

Inicialmente, elucida-se com alguns números e cifras o atual estágio da judicialização do direito à saúde no Brasil. Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2011 havia nada mais nada menos do que 240.980 ações judiciais tramitando nas Justiças Estaduais e Federal do Brasil, relativamente a pacientes que buscavam atendimento médico, cirurgias, medicamentos ou próteses.⁶

⁶ CAVALCANTI, Hylda. Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. **Conselho Nacional de Justiça**. 25/04/2011. Agência CNJ de notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: nov. 2013.

Os gastos do governo federal, de janeiro a outubro de 2012, para cumprir decisões judiciais que condenaram o SUS a custear medicamentos e tratamentos médicos aos jurisdicionados, atingiram a incrível marca de R\$ 339,7 milhões⁷.

O faustoso valor, que engloba compra de remédios, de equipamentos e de insumos pelo Ministério da Saúde, além do repasse a Estados e Municípios, equivale a 2,6 vezes o investimento anual do Ministério na incorporação, no SUS, do medicamento *trastuzumabe*, utilizado contra o câncer de mama.⁸

Somente o Estado de São Paulo, por exemplo, gastou cerca de R\$ 57 milhões por mês para atender aproximadamente 25 mil ações judiciais ou processos administrativos relacionados à saúde, somente em 2011.⁹

De outro lado, segundo a organização não governamental *Portal Saúde*, o Estado de Minas Gerais ocupa o sexto lugar no *ranking* dos Estados com o maior número de ações judiciais versando sobre o direito à saúde.¹⁰

Em Uberlândia/MG, de acordo com a Superintendência Regional de Saúde (SRS), que atende o município e outros 17 da região, somente entre o início de 2009 e maio de 2012, foram propostas mais de 3.700 ações judiciais objetivando tratamentos de saúde, mais especificamente procedimentos médicos (ex.: cirurgias, internações *etc.*) e remédios.¹¹

Nesse período, a Justiça Federal em Uberlândia foi acionada 1.784 vezes por pessoas que buscavam remédios ou atendimento no Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).¹²

⁷ NUBLAT, J. SUS tem despesa recorde com ações judiciais. **Folha de São Paulo**. São Paulo. 12/12/2012. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1199942-sus-tem-despesa-recorde-com-aco-es-judiciais.shtml>>. Acesso em: nov. 2013.

⁸ *Ibid.*. Acesso em: nov. 2013.

⁹ BASSETTE, Fernanda Bassette. Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 28/05/2012. Notícias. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740.0.htm>>. Acesso em: nov. 2013.

¹⁰ Confira o site da ONG disponível em: <<http://ongportalsaude.blogspot.com.br/>>. Acesso em: nov. 2013.

¹¹ LEMOS, Vinícius. Pacientes brigam na justiça por remédios e tratamentos. **Correio de Uberlândia**. Uberlândia. 20/05/2012. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/pacientes-brigam-na-justica-por-remedios-e-tratamentos/>>. Acesso em: nov. 2013.

¹² LEMOS, Vinícius. Pacientes brigam na justiça por remédios e tratamentos. **Correio de Uberlândia**. Uberlândia. 20/05/2012. Disponível em: <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/pacientes-brigam-na-justica-por-remedios-e-tratamentos/>>. Acesso em: nov. 2013.

Somando-se aos números da judicialização em si, o Ministério Público Estadual (MPE) em Uberlândia, por meio da Procuradoria Especializada da Saúde, ainda realizou 1.935 procedimentos administrativos na tentativa de encontrar alguma solução extrajudicial para inúmeros pacientes; um caminho mais célere, se comparado com o da via judicial.¹³

Percebe-se, facilmente, que a triste realidade da saúde pública nacional não é “privilegio” de uma ou duas regiões, senão do País inteiro. São números realmente alarmantes, tanto pela perspectiva da quantidade de pacientes que precisam, lamentavelmente, enfrentar não só as filas do SUS, mas também aquelas para atendimento no Ministério Público ou na Defensoria Pública - caso não tenham condições de contratar os serviços de um advogado; quanto também pela perspectiva dos gastos suntuosos que o Estado deve dispendir para cumprir as decisões judiciais.

4.2 Da desorganização da Administração Pública

A censura quanto à desorganização da Administração Pública indica que a intervenção do Poder Judiciário no campo da saúde, originalmente de competência daquela, dificultaria tanto o planejamento quanto a execução de suas políticas públicas, uma vez que os administradores estariam ocupados, por exemplo, em satisfazer as decisões judiciais originadas de demandas individuais, em detrimento do atendimento da coletividade.¹⁴

Nessa esteira, é o alerta de Barcellos (2008, p. 822):

Não há dúvida de que definir *quanto* se deve gastar de recursos públicos, com que *finalidade, em que e como* são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado. A própria Constituição o reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento, a sua execução e controle. Assim, é certo, a invasão dessa seara pelo Direito poderia produzir um desequilíbrio equivocado, que sufocaria o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia.

¹³ *Ibid.*. Acesso em: novembro, 2013.

¹⁴ Diante deste cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito e, conseqüentemente, assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, editou a **Recomendação n. 31/2010**, a qual inúmeros Tribunais de Justiça, inclusive o de Minas Gerais, têm aderido. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: nov. 2013.

Percebe-se que a crítica à interferência judicial na rotina da Administração Pública federal, estadual, distrital ou municipal, volta-se, dentre outras implicações e inevitavelmente, a uma possível afronta ao princípio denominado de “*separação dos poderes*”, impondo-se uma análise mais detida sobre ele.

Manifestado no atual ordenamento jurídico brasileiro pela *tripartição dos poderes*, decorre ele, básica e inicialmente, do consignado no art. 2º da Carta Magna de 1988: “*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Analisando as nuances históricas desse princípio no direito brasileiro, afirma Silva (2008, p. 106) que

O princípio da separação ou divisão dos poderes foi sempre um princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro (...). A Constituição de 1988 manteve o princípio com o enunciado um pouco diferente. O texto foi aprovado no segundo turno sem a cláusula *independentes e harmônicos entre si*, porque estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes do que de separação independente. Aquela cláusula é adequada e conveniente no presidencialismo.

A propósito, insere-se a expressão “separação dos poderes” entre aspas, pois ela quer dizer muito mais autonomia para uma efetiva harmonização entre os poderes, do que propriamente separação, erroneamente escolhida, então, para caracterizar o verdadeiro espírito do princípio¹⁵.

Assim, considerando que a harmonia e a colaboração entre os poderes só existem para que se faça cumprir o ditado no texto constitucional, havendo omissão ou ineficiência atribuída ao Legislativo ou ao Executivo, não é descabido, muito menos incoerente, que o Judiciário interfira - em situações realmente necessárias, frise-se -, a fim de que a resposta final do Estado seja a legitimamente esperada, tal como pode vir a ocorrer na judicialização dos direitos sociais.

Nessa esteira, tratando-se da realização de um direito fundamental, a interferência do Estado-juiz, inexistindo motivo justo para inércia do Poder Público, será obrigatória, conforme já se posicionou, acertadamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

¹⁵ Cf. DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 143.

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. *Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais [...]* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010) (destaquei)

Acrescente-se ainda que, caso algum dos entes federativos apresente-se prejudicado em seu orçamento, em virtude de gastos na compra, por determinação judicial, de medicamentos de responsabilidade administrativa de outro ente, deve ele buscar os caminhos administrativos ou judiciais para ressarcimento, mas jamais imputar ao usuário do sistema a conta de sua ineficiência.

Conclui-se então não só pela possibilidade, como também pela obrigatoriedade da atuação do Poder Judiciário, implementado o direito à saúde nas demandas envolvendo a entrega de medicamentos às expensas do SUS, quando devidamente provocado e se necessário, pois ao invés de afronta ao princípio da “separação dos poderes” há, paradoxalmente, sua convalidação, na medida em que recoloca o Poder Executivo ou Legislativo nos caminhos de sua missão.

4.3 Da escassez de recursos públicos

A finitude e a disponibilidade limitada dos recursos, sejam eles naturais ou artificiais, materiais ou humanos, para o atendimento das necessidades humanas, desde as mais básicas (v.g.: água e solo) às mais complexas (v.g.: atendimento médico e educação), são um aspecto incontroverso da realidade.

Vasconcellos e Garcia (2007, p. 02) advertem que

Em qualquer sociedade, os recursos produtivos ou fatores de produção (mão-de-obra, terra, matérias-primas, dentre outros) são limitados. Por outro lado, as necessidades humanas são ilimitadas e sempre se renovam, por força do próprio crescimento populacional e do contínuo desejo de elevação do padrão de vida.

Independentemente do grau de desenvolvimento do país, nenhum deles dispõe de todos os recursos necessários para satisfazer todas as necessidades da coletividade.

Ainda sobre a escassez, Elster (1992, *apud* AMARAL, 2001, p. 133-134) pondera que

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outra. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos.

E esse fator da realidade (escassez) incide, naturalmente, nas demandas por serviços e tratamentos médicos, em qualquer parte do globo terrestre, em todas as épocas.

Discorrendo sobre direitos sociais, mais especificamente sobre as limitações a sua prestação pelo Estado e os custos para um atendimento atomizado, em favor de cidadãos isolados, bastante elucidativo é o exemplo trazido por Souza Neto (2008, p. 527) quando diz que “*o governo não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público*”.

Assim, considerando, de um lado, o crescimento das demandas judiciais para o atendimento de direitos fundamentais no Brasil, na virada deste século, em especial do direito à saúde e, de outro, os tímidos investimentos nos setores responsáveis pela sua efetivação, fez-se necessário o desenvolvimento ou acolhimento de uma teoria que condicionasse a prestação material de serviços públicos pelo Estado à disponibilidade de recursos.

Surge então a *teoria* ou *cláusula da reserva do possível*, que será apresentada a seguir. Atente-se para o fato de que essa teoria é, indubitavelmente, a que mais se reproduz na defesa jurídica do Estado, quando demandado judicialmente para o fornecimento de medicamentos.

4.3.1 Da cláusula da reserva do possível

De origem germânica, a expressão, segundo Ricardo Lobo Torres (2008 p. 324),

foi cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.

Entretanto, discorrendo sobre o que representa essa cláusula, de fato, ressalta ele que

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador. Não se confunde com a expressão “reserva do orçamento”, à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo Legislativo. (TORRES, 2008, p. 324)

De início, percebem-se a distorção, o desvirtuamento e a “desinterpretação” da referida teoria quando de seu ingresso no debate jurídico brasileiro. Nesse sentido, aponta o próprio Torres (2008, p. 325) que

A expressão reserva do possível [...] perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil. Ingo Sarlet considerou-a “reserva do possível fática”, em contraste com a “reserva do orçamento”, que seria jurídica. Esse ponto de vista passou a se reproduzir na doutrina, que estendeu a “reserva do possível” aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial, nomeadamente na obra de Ana Paula de Barcellos e Marcos Maselli.

A propósito, discorrendo sobre as dimensões da reserva do possível, são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 287):

[...] há como sustentar que a assim designada *reserva do possível* apresenta pelo menos uma *dimensão triplíce*, que abrange a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso reclama equacionamento, notadamente no caso do

Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Portanto, no Brasil, tal cláusula representa uma *reserva fática*, o que tem significativas implicações, uma vez que, havendo recursos públicos (disponibilidade financeira), haverá sempre a prerrogativa de sua exigibilidade pelos cidadãos junto ao Estado.

Em que pese a confusão técnica e terminológica na matéria, acreditamos que o referido entendimento, aplicado especificamente aos direitos fundamentais, é o mais adequado, conforme restou assentado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45, julgada prejudicada pelo Ministro Celso de Mello, por meio de despacho paradigmático, do qual coleciona-se as seguintes transcrições:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 04/05/2004)

O fato é que, transcorrida quase uma década desde a publicação do referido despacho, o entendimento nele consubstanciado, especificamente quanto ao alcance prático da cláusula da reserva do possível, espraia-se, de modo unânime, pela atual jurisprudência nacional.¹⁶

Entende-se, pois, que a cláusula da reserva do possível deve, no mínimo, ser relativizada diante dos direitos fundamentais, haja vista a preeminente necessidade de se

¹⁶ É o que atestam, por exemplo, os seguintes julgados: “BRASIL. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS). **Apelação e Reexame Necessário n. 70047108519**, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Publicado em 30/03/2012” e “BRASIL. 4ª Região. Tribunal Regional Federal (TRF). **Apelação e Reexame Necessário n. 5008906-72.2011.404.7205**, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Publicado em 15/03/2012”.

resguardar a saúde e, conseqüentemente, a vida dos cidadãos, ainda mais quando opostas à “micro-saúde” dos cofres públicos.

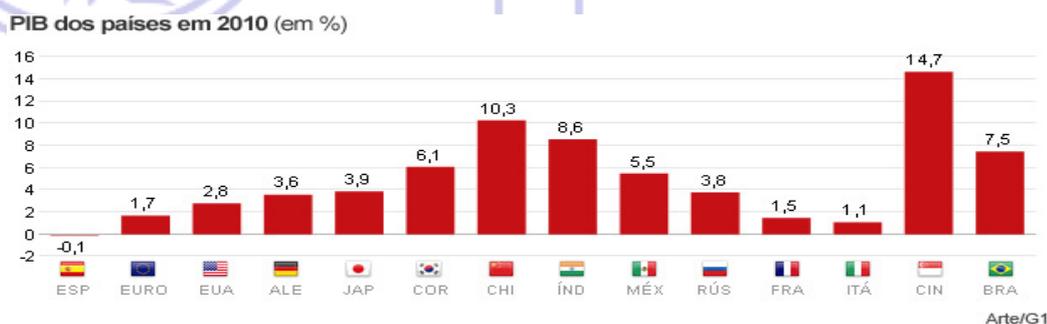
Oportunamente, anota-se uma observação quanto à validade e legitimidade de um discurso apoiado exclusivamente na cláusula da reserva do possível, num País como o Brasil, emergente, em franco desenvolvimento social e econômico, detentor da sexta maior economia do mundo pelo produto interno bruto (PIB) nominal e sétima por paridade de compra. Isso sem se incluir na conta o “milagre” do *Pré-Sal*, descoberto em 2007.

Como é cediço, a conjuntura econômica de um País apresenta reflexos diretos na sua carga tributária e, conseqüentemente, na disponibilidade de recursos para o atendimento das necessidades da coletividade.¹⁷

Ilustra-se: a economia brasileira fechou o ano de 2010 com crescimento de 7,5%, conforme revelou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Em valores correntes, a soma de todas as riquezas produzidas pela economia do País alcançou R\$ 3,675 trilhões no período. O PIB *per capita* ficou em R\$ 19.016,00.¹⁸

Na comparação do IBGE com outros 16 Países, o ritmo de expansão do Brasil só perdeu para China (10,3%) e Índia (8,6%). Superou, no entanto, a taxa de crescimento de Países como Coréia do Sul (6,1%), Japão (3,9%), EUA (2,8%), e a da região da zona do euro (1,7%)¹⁹, conforme demonstra o gráfico a seguir:

Gráfico 1. Variação do PIB (em %) nas principais economias do mundo, em 2010.



Fonte 1. Portal G1²⁰

¹⁷ Sobre as nuances da relação entre a arrecadação de tributos e a prestação de serviços públicos, remetemos o leitor à clássica obra de SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Lecciones de derecho financiero**. Madrid: Universidad Complutense, 1979.

¹⁸ PORTAL G1. Economia brasileira cresce 7,5% em 2010, mostra IBGE. **G1 (portal)**. São Paulo e Rio de Janeiro. 03/03/2011. Economia. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2011/03/economia-brasileira-cresce-75-em-2010-mostra-ibge.html>>. Acesso em: set. 2012.

¹⁹ *Ibid.*. Acesso em: setembro, 2012.

²⁰ *Ibid.*. Acesso em: setembro, 2012.

Doutro vértice, a proporção dos tributos brasileiros em relação ao PIB, em 2010, foi maior do que em 17 Países integrantes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), dentre eles Austrália, Canadá, Japão, Nova Zelândia, Espanha, Suíça e Estados Unidos.²¹

Segundo o documento *Estatísticas sobre a Receita na América Latina*, divulgado pela OCDE em 13 de novembro de 2012, a relação entre arrecadação de impostos e o PIB, em 2010, foi de 19,4% para os 15 Países latino-americanos e de 33,8% para todos os Países que integram o grupo.

Nesse período (2010), os impostos tupiniquins representaram 32,4% do PIB, deixando o País atrás apenas da Argentina (33,5%); ou seja, a carga tributária brasileira foi 67% maior que a média daqueles 15 Países²². Atualmente a carga tributária brasileira alcança a incrível marca de 36,3% do PIB, contra 28,2% em 1990.²³

Diante de tamanha abundância financeira, o projeto da lei orçamentária anual (PLOA) de 2013, aprovado pelo Congresso Nacional em 12 de março de 2013, com 70 dias de atraso, fixou a receita total da União em R\$ 2,27 trilhões, sendo R\$ 610,1 bilhões para rolagem de dívidas e R\$ 83,3 bilhões destinados a investimentos.²⁴

Dentre as inúmeras prioridades está a saúde pública, que receberá R\$ 99,8 bilhões em investimentos, 13,4% há mais do que no ano passado (R\$ 72,1 bilhões).²⁵

²¹ MANFRINI, Sandra. Carga tributária do Brasil é maior que em 17 países da OCDE. **O Estado de São Paulo**. São Paulo. 13/11/2012. Economia. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral.carga-tributaria-do-brasil-e-maior-que-em-17-paises-da-ocde,134633,0.htm>>. Acesso em: dez. 2012.

²² *Ibid.*. Acesso em: dezembro, 2012.

²³ NASCIMENTO, Bárbara. Carga de impostos no Brasil alcança 36,3% do PIB. **Correio Braziliense**. Brasília. 05/03/2013. Economia. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2013/03/05/internas_economia,352832/carga-de-impostos-no-brasil-alcanca-36-3-do-pib.shtml>. Acesso em: mar. 2013.

²⁴ PORTAL IG. Congresso conclui votação e aprova Orçamento de 2013. **Último segundo (iG)**. São Paulo. 12/03/2013. Política. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-03-13/congresso-conclui-votacao-e-aprova-orcamento-de-2013.html?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>. Acesso em: mar. 2013.

²⁵ Secretária de Comunicação Social da Presidência da República. Investimento federal será de R\$ 186,9 bi em 2013. **SECOM**. Boletim 1688 (janeiro/2013). 07/01/2013. Brasília. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/sobre-a-secom/acoes-e-programas/comunicacao-publica/em-questao/edicoes-anteriores/janeiro-2013/boletim-1688-07.01/investimento-federal-sera-de-r-186-9-bi-em-2013>>. Acesso em: fev. 2013.

Ora, não soa estranho que o governo tenha arrecado R\$ 4,36 bilhões por dia, ou R\$ 50 mil por segundo, somente em 2012, o que totalizou R\$ 1,59 trilhão no ano e, ainda assim, os serviços públicos continuem a desejar, principalmente no campo da saúde?

É uma conta que não fecha: ou os recursos não estão chegando ao seu destino, ou o destino eleito não é o correto, aquele realmente prioritário.

E nem se diga que as necessidades do Brasil “beiram o infinito”, de tal modo que o Estado não consegue atendê-las, pois nos Países desenvolvidos, ditos de primeiro mundo, a exemplo da Suíça e do Canadá, a carga tributária é imensamente menor do que a brasileira e, ainda que seja levado em consideração o contingente populacional menor, não há maiores empecilhos para que o Poder Público consiga atender, a contento, as necessidades sociais da nação, especialmente as básicas, dentre as quais se inclui a saúde.

Conclui-se que, diferentemente dos Países em crise econômica (v.g.: Egito e Espanha) ou daqueles desprovidos de recursos naturais, tecnológicos e econômicos minimamente razoáveis (v.g.: Serra Leoa e Zimbábwe), a cláusula da reserva do possível, no Brasil, diante das inúmeras necessidades da população, deve ser utilizada para “filtrar”, legislativa, administrativa ou judicialmente – no último caso, excepcionalmente -, o que deve ser incluído nas políticas públicas, bem como para que sejam postergados, quando não dispensados, os gastos públicos irrelevantes ou supérfluos (v.g.: *marketing* das estatais (inclusive monopolistas) nos horários nobres da televisão; auxílio-paletó, exposições de rodeio, jardinagem decorativa nas vias públicas *etc.*), deixando-os, tanto quanto possível, a cargo da iniciativa privada.

De mais a mais, relativamente à cláusula da reserva do possível, só haverá justa recusa do Poder Público em garantir a entrega de medicamentos se, e quando, o ente governamental provar a inexistência de recursos (*motivo objetivamente auferível*), o que deve ser feito de maneira técnica e minuciosa.

Essa é a orientação de nossa Suprema Corte, conforme assentado no emblemático julgamento de agravo regimental na *Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.º 175-CE*, em 30/04/2010, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que o Estado é obrigado a fornecer medicamentos de altíssimo custo aos pacientes, desde que inexista medicação equivalente na rede pública de saúde (SUS). Rechaçou-se, até mesmo, a alegação de grave lesão à ordem, à

economia e à saúde públicas, em que pese o tratamento médico da paciente, portadora de doença neurodegenerativa rara, ter sido estimado em R\$ 52.000,00 mensais.

Ora, guardadas as devidas proporções, entendimento contrário legitimaria, analogamente, e de modo vexatório, que um juiz sentenciasse um réu, na esfera penal, definindo sua pena e o respectivo regime prisional tendo em vista não a lei ou fatos a ele imputados e comprovados, mas a disponibilidade de vagas no sistema penitenciário; tal seria a distorção causada pela cláusula da reserva do possível, num ou noutro caso.

4.3.2 Do mínimo existencial

Contraponto à teoria ou cláusula da reserva do possível, o mínimo existencial indica a necessidade de garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, repelindo a possibilidade de sua redução ou restrição pelo Estado, ou até mesmo pelos próprios cidadãos, em suas relações privadas.

Quanto à fonte de onde provém o mínimo existencial, traz-se à baila preciosa lição de Ricardo Lobo Torres (2008, p. 314):

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as necessidades materiais da existência não retrocedem aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Assim é que o mínimo existencial não tem um conteúdo específico, previamente determinado, pois ele abrange todo e qualquer direito, ainda que originalmente não fundamental, em que pese ele estar sempre associado, na doutrina e jurisprudência nacionais, aos direitos fundamentais, sejam eles originários (de liberdade) ou sociais.

Muito se tem dito sobre o mínimo existencial atualmente, sempre lhe atribuindo a natureza jurídica de um princípio. Entretanto, há que se reconhecer que ele representa “tão-somente” o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o que afasta a possibilidade de sua ponderação por quaisquer dos poderes do Estado.

É o que defende Torres (2008, p. 316), quando leciona que

O mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores. Mas o mínimo existencial se deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade.

O mínimo existencial também não é um princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irreduzível por definição e insuscetível de sopesamento.

E para que o mínimo existencial cumpra seu desiderato, qual seja, propiciar um mínimo de condições materiais para uma vida digna, ele não pode ser confundido com a ideia de mínimo vital.

Lembra-nos Emerique (2009, p. 122) que “*o mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável*” (destaquei). Portanto, as políticas públicas devem sempre procurar garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o seu mínimo.

Em boa hora, consigna-se que o custeio de cirurgias plásticas estéticas, diferentemente das reparadoras, de tratamentos “rejuvenescedores” ou de clareamento dental *etc.*, são exemplos peremptórios de procedimentos que jamais deveriam estar incluídos nas políticas públicas de saúde, muito menos serem objeto de ação judicial, porquanto em nada dizem respeito ao mínimo existencial.

No mesmo sentido, o custeio de tratamentos médicos para integrantes de grupo familiar com renda e recursos financeiros razoáveis, capazes de garantir o mínimo existencial do paciente, representa censurável afronta ao princípio da isonomia e da justiça distributiva, conforme será argumentado no próximo item.

É de se reconhecer, ainda, que o provimento de demandas judiciais que versam sobre condições básicas para a manutenção de um padrão de vida minimamente digna para o indivíduo, também é levado a efeito por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico.

Nesse passo, constata-se que na ponderação entre valores, princípios e cláusulas, a dignidade humana, fundamento de nossa República (art. 1º, III da CRFB/88), tem prevalecido.

É o que atesta outra decisão do já citado Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), agora no agravo regimental interposto no recurso extraordinário n.º 393-175/RS, da qual se coleciona os seguintes trechos:

[...] Tal como pude enfatizar [...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, *entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas* [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RE n.º 393-175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, publicado em 02/02/2007) (destaquei)

Logo, se as circunstâncias do caso concreto indicarem que a realização do direito à saúde do paciente, pobre no sentido legal do termo, seja indispensável para que se mantenha seu patamar de vida digna (*mínimo existencial*), o Poder Judiciário deverá sim conceder o pleiteado; ou seja, não lhe será legítimo chancelar a esquiva da Administração Pública que, via de regra, está embasada em argumentos financeiros ou de resguardo às normas organizacionais do próprio Estado.

4.4 Da discriminação negativa

Considerando que somente alguns pacientes que necessitam do fornecimento de medicamentos pelo Estado conseguem o tratamento judicialmente, seja por meio do Ministério Público, da Defensoria Pública, de advogados particulares ou dativos, haveria uma flagrante desigualdade no acesso à Justiça.

Isso implicaria, conseqüentemente, em censurável ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que grande parcela dos doentes, especialmente os menos favorecidos economicamente, não seria beneficiada pelas decisões judiciais, permanecendo à margem, portanto, desta “solução à brasileira” para promoção do direito fundamental à saúde.

Discorrendo sobre as políticas públicas universalistas, admoesta Torres (2008, p. 334-335) que

O Supremo Tribunal Federal está vivendo o dilema de assumir as políticas públicas: em inúmeros casos adjudicou individualmente bens públicos (remédios, tratamentos médicos, etc.), aplicando aos direitos prestacionais a lógica e a retórica dos direitos individuais e *cometendo indisfarçável injustiça com a multidão dos excluídos*; em algumas decisões monocráticas acenou no sentido de que a jurisdição deve apenas controlar as pretensões às políticas públicas; em outros despachos de sua Presidente inverteu a sua posição, como aconteceu na hipótese de cirurgia para transexuais, proclamado a necessidade de a decisão analisar “caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica” as situações relacionadas ao pagamento de tratamentos, cirurgias e medicamentos.

De outro lado, compilando críticas institucionais endereçadas ao Poder Judiciário, relativamente aos problemas práticos decorrentes das decisões judiciais que realizam direitos sociais, assevera Souza Neto (2008, p. 533) que

Um dos principais argumentos de justificação da atuação judiciária no campo social tem sido prover a todos os cidadãos acesso universal e igualitário aos bens sociais fundamentais. *Contudo, quem tem obtido efetivo acesso à justiça, com providências jurisdicionais favoráveis, é predominantemente a classe média. Os mais pobres continuam excluídos do acesso à justiça.* (destaquei)

Cumprе anotar, no entanto, que a referida discriminação é consequência e não causa da judicialização dos direitos sociais, especialmente no campo da saúde. É que, *prima facie*, o tratamento desigual nessas circunstâncias surge justamente para tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, já que o Estado, com suas políticas públicas deficitárias, não garante o mínimo existencial a todos os cidadãos, mas apenas para parcela da população.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, diante da necessidade de conceder tratamento médico a paciente, em estado grave, em detrimento de outros que já aguardavam atendimento na fila, justifica a concessão do pleito com os seguintes argumentos:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS E DO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA REJEITADAS. INTERNAÇÃO EM UNIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO. NECESSIDADE COMPROVADA POR MEIO DE PROVA DOCUMENTAL. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA. [...]

IV - A existência de prova documental indicando a necessidade de internação de paciente em unidade de tratamento intensivo, em razão de seu quadro clínico, impõe a manutenção da sentença recorrida, cujos fundamentos os apelantes não se desincumbiram do ônus de desconstituir.

V - O Poder Judiciário não pode se furtar a garantir direito fundamental a cidadão desprovido de recursos financeiros para custear medicamentos e tratamentos médicos indispensáveis à garantia de sua vida e saúde, não havendo que se falar em violação ao princípio da isonomia, em relação aos que se encontram em fila de espera, nas hipóteses em que comprovado risco de morte do paciente que busca o provimento jurisdicional [...] (BRASIL. 1ª Região. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível n.º 2009.38.03.007515-0/MG, Rel. Des. Fed. Jirair Aram Meguerian, publicado em 25/01/2013) (destaquei)

Percebe-se que é a Administração Pública quem, *ab initio*, incorre em discriminação negativa juntos dos administrados, e não quem determina o cumprimento da Lei Fundamental, no caso o Judiciário.

Não há qualquer ilegalidade ou imoralidade na fruição das decisões que determinam a entrega de bens ou medicamentos aos realmente necessitados. Nesse passo, em contundente crítica, assinala Torres (2008, p. 338) que

No Brasil assiste-se à predação da renda pública pela classe média e pelos ricos, especialmente nos casos de remédios estrangeiros, com o risco de se criar um impasse institucional entre o Judiciário e os poderes políticos, se prevalecer a retórica dos direitos individuais para os sociais.

Impende ressaltar, no entanto e mais uma vez, que o problema não reside na concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, mas, sim, *para quem* ele está sendo realizado, o que são problemas inegavelmente distintos.

Tão distintos que a crítica deve ser direcionada, então, à estrutura (pífia) que o Estado disponibiliza para o patrocínio jurídico dos menos abastados, bem como aos critérios (duvidosos) de hipossuficiência utilizados pelo Poder Judiciário, quando concede tratamentos médicos àqueles que conseguiriam, com recursos próprios, garantir o seu mínimo existencial.

Nessa direção, são bastante sensatas as conclusões de Souza Neto (2008, p. 534):

O argumento da desigualdade de acesso à justiça incorre numa falácia: utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. A solução é aumentar o acesso à justiça do pobre; é melhorar a Defensoria Pública e o Ministério Público, e fomentar a advocacia que representa a sociedade civil organizada [...] A crítica também é importante para justificar o critério da hipossuficiência, garantindo-se a entrega imediata de bens e serviços apenas para os que não possam provê-los com recursos próprios.

Portanto, as decisões judiciais que concretizam o direito à saúde das pessoas realmente necessitadas, pobres no sentido legal do termo, mediante a entrega de medicamentos indispensáveis à manutenção de um padrão de vida minimamente digna, representa a mais pura afirmação e promoção da igualdade material entre os Homens, realizando, pois, justiça no caso concreto.

5 Considerações finais

Em que pese o direito fundamental à saúde, verdadeiro direito público subjetivo, estar garantido na atual Constituição da República (arts. 6º e 196 ao 200), descabendo alegações de que se ele está inserido em normas meramente programáticas, vivenciamos atualmente uma crise generalizada em sua promoção, proteção e recuperação.

Essa crise, configuradora de flagrante inconstitucionalidade por omissão, traduz-se, por exemplo, na falta de profissionais e de leitos nos hospitais públicos em todo o território nacional; no tímido investimento para a ampliação dos serviços de prevenção de doenças junto às comunidades, principalmente àquelas de baixa renda; na pressão político-econômica exercida pelas grandes corporações do setor privado farmacêutico, por meio do famigerado *lobby*, a fim de que o governo não massifique determinados serviços laboratoriais *etc.*

Não bastassem tais obstáculos, que por si só já prejudicariam de maneira significativa a concretização do direito à saúde no Brasil, o país apresenta um dos piores índices de corrupção do planeta, o que implica em menos recursos para o setor, então cada vez mais carente e precário.²⁶

Tais mazelas refletem-se, pois, na ineficiência e ausência de assistência farmacêutica no âmbito do SUS, mitigando, quando não aniquilando, a proteção da saúde dos brasileiros menos favorecidos, o que põe em xeque o real estágio da “democracia” em que vivemos.

É nesse contexto multifacetário que surge, e cada dia se intensifica mais, a judicialização do direito à saúde no Brasil, inclusive enquanto possibilidade de transposição

²⁶ O Brasil é o 72º colocado no ranking anual sobre corrupção, elaborado pela organização não governamental Transparência Internacional. O país registrou nota 3,5 em uma classificação que vai de 10 (para países menos corruptos) até zero (países mais corruptos). Disponível em: <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2006>. Acesso em: mar. 2013.

do abismo existente entre o que está normativamente previsto e a ineficiência e descaso do Poder Público para com a saúde.

Entretanto, inúmeras censuras são direcionadas ao Poder Judiciário, atinentes aos seus limites e possibilidades de atuação nesse ambiente. Nosso estudo limitou-se a investigar as críticas mais frequentes e que entendemos mais relevantes para a prática forense.

Entendeu-se descabida a afirmação de que há interferência do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade do Poder Executivo, porquanto na maioria das vezes aquele só determina o cumprimento de políticas públicas de saúde já existentes, ou simplesmente pondera que o direito à saúde, à dignidade e à vida não deve ceder diante dos cofres públicos ou das normas organizacionais do próprio Estado.

Nesse sentido, acenou-se não só para possibilidade, como também pela obrigatoriedade da atuação do Poder Judiciário, implementado o direito à saúde nas demandas envolvendo a entrega de medicamentos às expensas do SUS, quando devidamente provocado e se necessário, pois ao invés de afronta ao princípio da “separação dos poderes” há, paradoxalmente, sua convalidação, na medida em que recoloca o Poder Executivo ou Legislativo nos caminhos de sua missão.

Consignou-se que a cláusula da reserva do possível deve, no mínimo, ser relativizada diante dos direitos fundamentais, haja vista a preeminente necessidade de se resguardar a saúde e, conseqüentemente, a vida dos cidadãos, ainda mais quando opostas à “micro-saúde” dos cofres públicos.

Frisou-se que o mínimo existencial, enquanto parâmetro destinado a propiciar um mínimo de condições materiais para uma vida digna, não pode ser confundido com a ideia de mínimo vital, sob pena de redução do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por fim, concluiu-se que, observado o critério de hipossuficiência econômica dos pacientes, as decisões judiciais que concretizam o direito à saúde dos realmente necessitados, mediante a entrega de medicamentos indispensáveis à manutenção de um padrão de vida minimamente digna, representam a mais pura afirmação e promoção da igualdade material entre os Homens, realizando, pois, justiça no caso concreto.

Reflections about the intervention of the Judiciary in the public health policies: medicaments's case

Abstract: This study aims to analyze the criticisms directed at the Judiciary, by Brazilian doctrine and jurisprudence, specifically in relation to their limits and possibilities in envisaging the judicialization of the right to health in the country, with respect to lawsuits in which the Executive is obliged to deliver drugs to plaintiffs patients. We will investigate the most frequent and relevant criticisms to forensic practice, namely disorganization of Public Administration, the scarcity of financial resources and negative discrimination. In this sense, our study aims to demonstrate and overcome the errors and inconsistencies in which these criticisms may unveil, if thoughtlessly anchored on alien theories, not adapted to national realities, or on false political, social or economic data. Thereat, this study aims to improvement de response of the Judiciary, when he is dealing with the health judicialization phenomenon, that is intensifying increasingly and has its reason for being in the ensure of the social and primordial right to health, especially to those really poor people.

Keywords: Right to health; Judicial control of public policies; Drugs; Judicialization of politics; Judicial activism.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, G. **Direitos, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. **Ethica Nicomachea I 13 – III 8. Tratado da virtude moral**. Tradução, notas e comentários de Marco Zingano. São Paulo: Odysseus, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. O Direito a Prestação de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. 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. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMITÊ EXECUTIVO ESTADUAL DA SAÚDE DE MINAS GERAIS. **Cartilha sobre a organização do Sistema Único de Saúde**. Reúne informações técnicas e jurídicas sobre a organização e estruturação do Sistema Único de Saúde. Dez. 2011. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/?p=380>>. Acesso em: nov. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Presidência. DJE/CNJ nº 61/2010, 07 abr. 2010, p. 4-6. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: nov.2013.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: evolução, normatividade e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CRUZ, Luís M. **La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos**. Granada: Editorial Comares, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo. Os desafios no terceiro milênio**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais: Um contributo para a luta contra a pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Coleção Temas fundamentais de direito, v. 1)

GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). **Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde: coletânea de artigos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out. 2008.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Coord). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79-96.

MARTINS, Flávia Bahia. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional**. Rio de Janeiro: PUC (Departamento de Direito), 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 57/58, p. 236-237, jan./jul. 1981.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POZZOLO, Susanna; RAMOS DUARTE, Écio Otto. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos direitos difusos e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2011.

SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. **Lecciones de derecho financeiro**. Madrid: Universidad Complutense, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde**: Algumas aproximações. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: ago.2012.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; _____ (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

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. 313-339.

VASCONCELLOS, Marco Antônio de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2006.

□ Recebido: outubro/2013. Aprovado: novembro/2013.