

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEU TRATAMENTO FRENTE AO POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS TO HEALTH AND ITS TREATMENT WITHIN THE REALMS OF POSSIBILITY

Rubia Carla Goedert¹

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia junto às Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

Willian Padoan Lenhardt²

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninter

RESUMO: Esta pesquisa tem como escopo o estudo da concretização do direito à saúde perante o Poder Judiciário, especialmente diante do diálogo entre a garantia do mínimo existencial e o postulado da reserva do possível, como institutos aparentemente antagônicos diante de situações como a que se alveja neste texto. A importância do tema é gritante, tendo em vista as inúmeras ações propostas objetivando a realização do direito social fundamental à saúde. É nesse mote que

se avaliará o modo como tal faculdade jusfundamental é aplicada nos casos concretos, mediando-se as condições de sua concretização e a legitimação do Poder Judiciário, em razão da omissão do próprio Estado, para tal atividade. Metodologicamente, a pesquisa se pautará no estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Ao cabo, a meta é esclarecer o modo como o direito social fundamental à saúde é efetivado no Brasil, sob o crivo do Poder Judiciário.

¹ Pós-Graduada em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Docente na Graduação do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - Cescage e na Pós-Graduação da Faculdade Estácio, Advogada Militante (contencioso/administrativo), Parecerista e Consultora Jurídica. Áreas de atuação: Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Previdenciário e Direito Constitucional.

² Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil na Faculdade Estácio de Curitiba, Analista Judiciário e Assessor de Magistrado na Vara Cível e Fazenda Pública de Pinhais/PR.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde; mínimo existencial; reserva do possível.

ABSTRACT: *The following research has as objective the study of the concretization of the right to health in the Judiciary Power, specially the dialogue between the assurance of the subsistence level and the realms of possibility, as apparently antagonistic entities in situations such as the analysed in this text. The importance of the subject is wondrous, considering the many lawsuit whose goal is the completion of the fundamental social right to health. In this sense, will be evaluated the application of this fundamental faculty in concrete cases, measuring the conditions to its completion and the legitimation of the Judiciary Power due to omission from the State to its completion. Methodologically, this research is based on doctrine and jurisprudence around the subject. Finally, the goal is to clarify the way the fundamental social right to health is applied in Brazil, according to the Judiciary System.*

KEYWORDS: *Health; subsistence level; realms of possibility.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Linhas gerais sobre os direitos sociais fundamentais; 2 A judicialização do direito à saúde e o embate entre o postulado da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 General lines about the fundamental social rights; 2 The judicialization of the right to healthcare and the shock between the postulate of the reserve of the possible and the principle of the existential minimum; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A saúde foi concebida pela Carta Magna de 1988 como direito social fundamental. Esse brocardo é significado a partir da leitura conjunta de seus dispositivos, pois se trata de direito social ligado ao bem-estar de toda a população (art. 6º), sendo dever do Estado e da sociedade efetivá-lo mediante a promoção de políticas suficientes a amenizar o risco de doenças e possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços afetos (art. 196).

Conquanto a ordem seja clarividente, observa-se que a sociedade brasileira ainda carece de atenção no que concerne ao direito à saúde. Com efeito, nota-se que há um esforço do Poder Público para amenizar o quadro caótico que acomete o País, com a criação, na própria constituição, do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198), disciplinado na Lei nº 8.080/1990, assim como de programas de ordem nacional, estadual e municipal. Porém, esse empenho é insuficiente diante da massa demográfica que ostenta a nomeada “falência de governabilidade” no referido campo (Ferreira Filho, 1995, p. 17). Diante dessa situação, a população carente se abraça no Poder Judiciário, na tentativa de subverter a negativa

prestacional integral e isonômica dos serviços de saúde. Não se ignora ainda a parcela de cidadãos que propõe ações visando coibir os abusos perpetrados pelos planos de saúde, fator que também adentra no seio da pesquisa.

Por sua vez, a intervenção do Poder Judiciário como garantidor do direito social fundamental à saúde, nomeando-se tal feita de “sindicabilidade dos direitos sociais” (Sousa, 2014, p. 118), causa desconforto aos administradores, uma vez que a crítica vai de encontro à suposta ausência de previsão dos atos deferidos em âmbito judicial, que geraria desníveis de ordem orçamentária, prejudicando o empenho da verba pública.

Essa é a natureza do embate entre a realização dos direitos sociais fundamentais, fulcrados no princípio do mínimo existencial, e o postulado da reserva do possível, como fonte da discussão acerca da efetividade do direito à saúde no Brasil. A propósito, esta pesquisa tem como escopo o estudo da concretização do direito à saúde perante o Poder Judiciário, especialmente diante do diálogo entre a garantia do mínimo existencial e o postulado da reserva do possível, como institutos aparentemente antagônicos diante de situações como a que se alveja.

Destarte, nota-se que a importância do tema é gritante, tendo em vista as inúmeras ações propostas objetivando a realização do direito social fundamental à saúde no Brasil. É nesse mote que se avaliará o modo como tal faculdade jusfundamental é aplicada aos casos concretos, mediando-se as condições de sua concretização e a legitimação do Poder Judiciário, em razão da omissão do próprio Estado, para tal fenômeno.

Metodologicamente, a pesquisa se pautará no estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, cuja meta é esclarecer o modo como o direito social fundamental à saúde é efetivado no Brasil, sob o crivo do Poder Judiciário.

1 LINHAS GERAIS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Historicamente, a doutrina costuma dispor acerca dos direitos fundamentais sob dimensões, representando a gradual aspiração social e jurídica das condições fundamentais de sobrevivência digna³. No que concerne

³ Em intenção objetivamente didática, a primeira dimensão abarcaria, em maior medida, a liberdade (dever negativo do Estado) e a proteção da propriedade, configurando-se os direitos civis e políticos (século XVIII). A segunda dimensão diria respeito aos direitos econômicos e sociais, feição coletiva voltada à ideia de *igualdade material* entre os cidadãos (século XIX). Uma terceira dimensão abarcaria

ao presente estudo, tem-se que importante afago ocorreu a partir da segunda fase desse plano, ou segunda dimensão, em que passaram a ser respeitados os direitos sociais. Tal senda teve atenção a partir do século XIX, com os avanços industriais que iniciaram a construção de um novo paradigma nas relações humanas. Percebe-se, nesse recorte histórico, que a industrialização, como princípio de transformação e evolução tecnológica, suscitou uma observação crítica à defesa do liberalismo absoluto, tendo em vista a defasagem causada pela total independência privada e a exacerbada incongruência entre o discurso revolucionário proferido há um século e sua aplicação pragmática.

Desde então, a necessidade de se implantarem instituições e dispositivos assecuratórios com maior amplitude subjetiva, aperfeiçoando-se a perspectiva individual agitada no seio da Revolução Francesa (século XVIII), trouxe aspirações que motivaram uma gléba coletiva de direitos, tenazes na subversão da exploração social e da miserabilidade reservada a muitos. Com efeito, o século XX marcou a garantia dos direitos econômicos e sociais, os quais ganharam a efetiva afirmação constitucional, com ênfase nas Cartas Magnas do México (1.917) e da Alemanha (1.919), pioneiras na inclusão do tema (Ferreira Filho, 1999, p. 41).

De fato, a partir de meados do século XX, a sociedade presenciou a amplitude global dos conceitos humanitários. O resultado impresumível dos conflitos mundiais armados abalou os alicerces das relações sociais e novamente trouxe à tona, agora com intensidade universal, a necessidade de se aplicarem em diferentes áreas os esforços progressistas da política, da ciência e da tecnologia globais, em função do ser humano. Insta salientar que os esforços almejando esse fim originaram fóruns e programas públicos internacionais, com a edição de inúmeros tratados em prol da promoção, da estabilização e da internalização dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos estatais, especialmente em razão das faculdades de âmbito coletivo. Sublinhou-se desde então a noção da essência não apenas de direitos individuais fundamentais, mas também de direitos sociais inatos, sem os quais não se alcançaria uma existência digna. Em tocante passagem, anota-se a frase de Flávia Piovesan (1997, p. 78) sobre o cenário:

os direitos difusos, como o meio ambiente e a cultura (século XX). Há ainda quem discuta a existência de dimensões mais contemporâneas, as quais tutelariam a propriedade genética, a paz, entre outros temas. (Bobbio, 1992, p. 56; Honesko, 2008, p. 196)

Em face do regime do terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, diante do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

Destarte, observa-se que os direitos sociais foram tomados como garantia de fruição dos direitos individuais em condições de igualdade entre os cidadãos, tornando-se verdadeiros institutos jurídicos fundamentais, exigindo do Estado não mais uma postura passiva, afeta à oportunidade de exercício desmedido dos direitos individuais pelos cidadãos, mas, agora, a intervenção do Poder Público vem na iminência de assegurar a todos critérios suficientes para materializar a ideia de *justiça distributiva*. Em maior medida, os direitos sociais dependem da atuação positiva ou providencial do Estado, pois a miséria que acomete o País urge em face da precariedade na prestação dos serviços públicos, não raro afastando os brasileiros de direitos básicos.

Na esteira de José Afonso da Silva (2005, p. 286), os direitos sociais, com esboço na exigência popular de prestações pelo Estado, representam o aprimoramento do Estado Democrático e Social de Direito, podendo-se nomear a ideia de constitucionalismo social, em que os direitos sociais passaram efetivamente a integrar o rol de direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio⁴.

Por todo esse contexto, o constituinte elegeu um rol exemplificativo de direitos sociais fundamentais (art. 6º da CRFB/1988), entre eles, a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e a saúde, esta última melhor trabalhada adiante. Vale sublinhar que, a partir desse rol, quis-se garantir ao menos o chamado *mínimo existencial*, com o fito de viabilizar o bem-estar de toda a população.

⁴ Curiosamente, não se ignora que os direitos sociais encontram-se previstos na história constitucional brasileira. Pois estiveram presentes, ainda que timidamente, desde 1824, com influência da Constituição espanhola, de 1812. Com efeito, foi em 1934 que se inaugurou franca e juridicamente a fase do “constitucionalismo social” no Brasil, fortalecendo-se o respectivo rol no ambiente do Direito Positivo. Contudo, foi em 1988 que tais direitos integraram efetivamente um conjunto de providências fundamentais aptas a suportar os ideais de justiça social e bem-estar, ainda que sua operabilidade esteja maculada pelas intempéries da política e do próprio Direito. (Sarlet, 1998, p. 36 e ss.)

1.1 ACERCA DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA TUTELA NO AMBIENTE PÁTRIO

O direito à saúde teve sua homenagem oficializada perante a tutela dos direitos humanos apenas a partir do século XX, quando da criação da Organização Mundial da Saúde (1948)⁵. A propósito, a primeira Conferência Internacional sobre o tema, realizada em Ottawa, ocorreu apenas em 1986, em que se aprovou a *Carta de Ottawa*, contendo orientações para que se alcançasse a “saúde para todos” até o ano 2000, aprimorando-se gradualmente o processo de capacitação e participação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida (Opas/OMS).

Infelizmente, a meta almejada não foi conquistada. Contudo, estabeleceram-se conceitos e diretrizes que contribuíram sobremaneira para a estabilização estrutural do tema, balizando-se também aspectos jurídicos. Congregou-se, assim, que a saúde é o direito a ter uma vida saudável, em um complexo que integra as condições sociais e econômicas dos cidadãos, com o desenvolvimento humano em consonância ao equilíbrio ambiental. Conceitualmente, tem-se que a saúde pode ser definida como:

Um direito social básico, fundado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade e amplamente protegida pela ordem constitucional em vigor. Segundo o art. 196, 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. Nesse sentido, a política estatal na área de saúde deve proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções. (Gregori, 2007, p. 23)

Sem embargo, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo a garantia de bem-estar dos cidadãos, primando pela promoção do direito à saúde. Seu art. 196 assevera esse adágio, transmitindo a todo o ordenamento jurídico a necessidade

⁵ No que concerne ao Brasil, não se deve ignorar os esforços, ainda que pontuais, desde o século XIX, especialmente na Bahia, com a instituição da Escola de Cirurgia (1808), e no Rio de Janeiro, com a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia e a cátedra em Medicina Operatória no Hospital Militar (1809).

de criação e regulamentação de providências que efetivem o direito à saúde aos cidadãos. Para Lucas Rocha Furtado (2013, p. 583), a previsão constitucional do direito à saúde lhe alçou característica de serviço público, atribuindo-se a respectiva atividade ao próprio Estado ou a entidades privadas, mediante a competente regulamentação, fiscalização e controle do Estado (art. 197 da CRFB/1988), nos termos erigidos pelo constituinte para manter a probidade e a transparência na atividade pública, sendo tal tutela saliente inclusive contra as entidades de direito público ou privado, ou ainda às pessoas físicas que atuem na iminência de promover os serviços públicos (art. 37, § 6º, da CRFB/1988).

Na mesma senda, o art. 198 da CRFB/1988 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de concretizar a descentralização organizada da atividade pública em prol da realização do direito à saúde. A regulamentação mais expressiva desse cenário adveio com a promulgação da Lei nº 8.080/1990, que instituiu as condições basilares para a promoção, proteção e recuperação do direito à saúde no Brasil. Tutela-se, assim, um orçamento mínimo para investimentos na área da saúde, a concentração estrutural para combate às epidemias e para efetivação dos serviços de saúde em plano federal, estadual e municipal (art. 30, VII, da CRFB/1988 e art. 9º da Lei nº 8.080/1990)⁶, a estruturação de carreira na área da saúde, punições àqueles que subverterem a atividade afeta à faculdade jurídica em comento, entre outras ações. Suplementando a tutela, a Lei Complementar nº 141/2012 sublinhou as diretrizes dos programas de saúde no Brasil e instituiu que a garantia de serviços públicos nesse âmbito tendem a promover, proteger e recuperar o bem-estar da população, com espeque nos princípios instituídos no art. 7º da Lei nº 8.080/1990, com propriedade na universalidade, igualdade, transparência e participação social.

Com efeito, conquanto se tenha notado que os direitos sociais trazem em seu bojo definições materiais e programáticas, sua efetividade é assegurada pelo ordenamento jurídico, em que a ausência da competente regulamentação ou a inócua garantia legal não inibe os Tribunais pátrios a determinar a execução das ordens constitucionais. Outrossim, muito embora o constituinte e o legislador, com esforço do Poder Executivo, tenham trabalhado para a efetivação do sistema integrado de saúde e para a concretização de programas de distribuição de medicamentos e de prevenção de doenças, a população brasileira ainda perece na carência de uma prestação suficiente dos serviços de saúde. Entre as

⁶ Em tempo, é pacífico que a responsabilidade dos entes federados pela materialização dessas prerrogativas é solidária (legitimidade passiva), como reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

principais reclamações, o sistema de saúde não é suficiente para atender a todos os necessitados, há deficiência no atendimento e falta de leitos nos hospitais.

Por força desse cenário, o Poder Judiciário é chamado à baila na iminência de concretizar os direitos sociais, com ênfase no direito à saúde. Por consequência, a judicialização do direito à saúde congrega também discussão aguçada sobre as políticas públicas no Brasil, assim como sobre a eficácia da tutela garantida pelo ordenamento jurídico pátrio. Surgem com isso teorias e postulados, aplicando-se princípios e regras com o intuito e manter a proporcionalidade na aplicação do Direito. Com ênfase nesse dissenso, pretende-se avaliar a eficácia do postulado da reserva do possível e seu contraste com a principiologia do mínimo existencial, questão mais bem aparelhada adiante.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O EMBATE ENTRE O POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Diante da omissão do Poder Público na esfera legislativa e administrativa, bem como frente à crise assistencial do Estado⁷, clama-se pela intromissão do Poder Judiciário na busca da concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, a assunção do Estado Democrático e Social de Direito trouxe consigo um contexto pautado não apenas na liberdade dos cidadãos, mas também, e em grande medida, na iminência da proteção dos mais necessitados, garantindo-lhes o mínimo necessário à sua dignidade, como proposto no art. 1º, III, da CRFB/1988. Destarte, o Estado Democrático e Social de Direito “não é o *Estado Liberal*, que se omite ante a conduta individual, nem o *Estado Socialista*, que suprime a iniciativa particular. É o Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social” (Meyreles, 2002, p. 567).

Lenio Streck (2003, p. 53) aduz que o panorama jurisdicional impinge ao Poder Judiciário uma via de resistência às investidas engajadas no retrocesso social e na ineficácia normativa, situação que infelizmente causa o abarrotamento de ações nos Tribunais. Outrossim, consequência natural da judicialização de direitos, movimento que ganhou destaque a partir de 1988, as discussões acirradas sobre diversos temas colocam, não raras vezes, o

⁷ Com propriedade, Manoel Gonçalves Ferreira Filho propõe competente análise das condições fáticas que surpreenderam o *Estado Providência*, com a sobrecarga da estrutura pública e a inadequação do governo, a partir do contexto democrático, para lidar com as demandas populares (Ferreira Filho, 1995). J. R. Caldas Furtado também alude a esse contexto, mas sua crítica se pauta especificamente na falha da estruturação e emprego do orçamento público (Furtado, 2014, p. 62).

jugador em xeque. Isso por que o Direito não apresenta solução cabal a toda e qualquer situação fática que angarie a relevância jurídica necessária ao exame sob a ótica jurisdicional, especialmente quando o tema engendra atenção aos direitos fundamentais. De fato, os Tribunais tornaram-se, nos últimos anos, protagonistas da realização do Direito e da justiça, cuja incidência nos campos Legislativo e Executivo ilustra, de acordo com Luís Roberto Barroso (2013, p. 39), a fluidez da fronteira entre o Direito e a Política no mundo contemporâneo⁸. No Brasil, obviamente que a ampliação material da tutela constitucional oferta ao fenômeno uma proporção subitamente avantajada, retirando-se temas de cunho historicamente político e alocando-os sob o prisma jurídico, somando-se a isso a legitimação de inúmeras entidades e pessoas a propor ações diretamente ao Supremo Tribunal Federal, evitando-se a consagrada epopeia causada pelos inúmeros mecanismos de defesa fulcrados no devido processo legal, utilizados normalmente para protelar a eficácia da tutela jurisdicional. Tem-se ainda que qualquer cidadão que se sinta lesado em suas faculdades jurídicas fundamentais pode pedir ao Poder Judiciário que seja implementada a solução mais perfeita ao caso, tanto para coibir o exercício abusivo de um ato (tutela negativa) quanto para pleitear que determinada ação seja efetivada pelo Poder Público (tutela positiva). De qualquer modo, reconhece-se ao Poder Judiciário a oportunidade de controle dos atos administrativos e legislativos emitidos pelo Estado.

Interessante notar que o confronto entre os discursos subitamente legalistas e o *judicialismo* contemporâneo foi obra de uma necessidade histórica, antecedida pela positivação constitucional de direitos e valores fundamentais aos cidadãos e à própria existência do Estado. Tal movimento não impetra apenas reduzir a oportunidade de proteção das faculdades inatas àquelas previamente estipuladas pelo legislador, mas conferir a estas um *status* juridicamente exigível, apto à tutela em qualquer situação justificada. Com isso, a Constituição deixou de ser mero afago político na estrutura pública para se tornar verdadeiro escopo de cidadania, especialmente diante da afirmação não apenas de um rol exemplificativo de faculdades jurídicas, mas também com a demonstração de meios suficientes à exigência de sua concretização.

⁸ Segundo Barroso (2013, p. 39), esse contexto articula a transferência de poder das estâncias tradicionais (Legislativo e Executivo) ao Judiciário. Para o autor, isso ocorre por questões de ordem estrutural (atribuição de independência e força ao Poder Judiciário, especialmente para garantir a tutela dos direitos fundamentais), por conveniência política (os atores políticos preferem que o Poder Judiciário decida questões que poderiam causar um desgaste ideológico, como aborto e homossexualismo) ou pela desilusão social com a política.

Sem embargo, necessária a menção de que esse complexo cenário contemporâneo em nada ofende a sistemática da separação dos poderes. Historicamente, esse ideal foi posto em voga a partir do século XVIII, como forma de proteger a liberdade dos indivíduos. Inobstante, é claro que o aperfeiçoamento gradual do princípio da separação dos poderes trouxe consigo uma maior preocupação com a eficiência do Estado. O poder do Estado é, assim, concebido de forma una e indivisível, sendo a separação dos poderes o rigor técnico apto à distribuição de atribuições entre os diversos organismos que concretizam o Poder Público. Portanto, a estrutura do Estado está fulcrada na satisfação das necessidades dos cidadãos. Diante de uma omissão não seria crível afastar a legitimidade dos indivíduos em obrigar o Estado a cumprir com seu papel (Casagrande Filho, 2007, p. 81).

Sobre o tema, de acordo com os Tribunais pátrios:

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma 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 importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (Recurso Especial nº 1.107.511/RS, (2008/0265338-9), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin, J. 21.11.2013, unânime, DJe 06.12.2013)

Comumente se observava um tenso e inócuo isolamento no que concerne à realização dos direitos sociais, deixando-se à absoluta discricionariedade da Administração Pública o poder de decidir sobre os investimentos nas áreas programadas, ignorando-se as demais necessidades, mais ou menos graves, ao que se nomeou *escolhas trágicas do Estado*. Hoje, porém, se estabilizou a ideia de que o Poder Judiciário deve alavancar condutas públicas aptas a sanar as

deficiências operadas no âmbito executivo. Realçando essa ordem, em 2004, no emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, no seio do Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a legitimidade do Poder Judiciário na intervenção de políticas públicas, constituiu-se paradigma nos seguintes termos:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político – jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei fundamental. (STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 29.04.2004)

Destarte, é nesse clima que se propõe a avaliação acerca do embate entre o postulado da reserva do possível, embasado no orçamento público, e o mínimo existencial no que concerne ao direito social fundamental à saúde, com escopo nos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

2.1 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO PÚBLICO EM SAÚDE NO BRASIL

Em princípio, cumpre ressaltar que o constituinte determinou um orçamento mínimo aos investimentos de saúde no País. O art. 198, § 2º, da CRFB/1988, assim assegura:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso

I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º.

Destarte, a Lei Complementar nº 141/2012, referida no inciso I do sobredito art. 198 da CRFB/1988, quanto ao orçamento para serviços públicos em saúde, expressa, em seu art. 2º, que se consideram despesas com ações e serviços públicos de saúde os valores voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde, atendendo, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080/1990, já citado.

Com efeito, o art. 7º, IX, da Lei nº 8.080/1990 dispõe que se deve buscar, como princípio basilar na tutela da saúde, a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. Nesse sentido, forçoso instar que a assistência à saúde é livre inclusive à iniciativa privada, nos termos do art. 199 da CRFB/1988, cujo texto ainda especifica:

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Nota-se que, em âmbito privado, vultosamente se está diante do labor dos planos de saúde, sendo cada vez mais rara a opção pelo patrocínio de consultas e exames sem a interveniência do SUS ou de alguma entidade privada habilitada na área. De qualquer modo, o cotidiano da saúde no País parece diante da ausência de políticas públicas competentes para sanar as precárias condições de acesso da população aos serviços públicos.

Copiosamente, não apenas as consequências desse cenário são aferíveis, mas também a principal fonte: a negligência nos investimentos públicos em saúde. Nessa senda, segundo recente levantamento feito pelo Conselho Federal

de Medicina (CFM), corroborado com relatórios emitidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2012, cerca de R\$ 10 bilhões de reais disponíveis para investimentos na área da saúde deixaram de ser aplicados. Desse valor, o governo desembolsou apenas cerca de R\$ 3,9 bilhões para investimentos e para bancar os chamados “restos a pagar”. Os gastos foram inferiores às despesas no campo dos transportes (cerca de R\$ 11 bilhões), da defesa (cerca de R\$ 8,8 bilhões) e da integração nacional (cerca de R\$ 4,4 bilhões). O Brasil é o país que menos patrocina a saúde na América Latina, gastando cerca de 5% do investimento reservado, medida inversa ao gradual aumento dos valores à disposição do governo para o meio.

Ainda de acordo com o CFM, a saúde aparece em quinto lugar na lista de prioridades engajadas no nomeado “gasto nobre”, significando dizer que despesas com rodovias, estádios e objetivos bélicos, como a compra de carros blindados e aviões de caça, superaram o interesse público na saúde. Assim, dos R\$ 47,3 bilhões gastos com investimentos pelo Governo Federal em 2013, o Ministério da Saúde teve a seu dispor apenas 8% do crédito.

Coroando esses dados, o CFM divulgou também que pouco mais de 16% das ações previstas no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 2) para a área da saúde foram concluídas até então. O baixo desempenho do programa foi analisado desde 2011, ano de lançamento de sua segunda edição.

Conquanto seja patente a dislexia entre a publicidade fulcrada nas políticas públicas e o cotidiano social, tendo-se clara a defasagem de investimentos na área da saúde, o Poder Público, com ênfase no âmbito executivo, cultiva o postulado da *reserva do possível* para afastar a eficácia da tutela integral da saúde, na iminência de vinculá-la ao orçamento efetivamente empenhado, em detrimento ao que realmente deveria ser comprometido. Essa sistemática é proveniente do tecnicismo burocrático que embasa a atividade pública, integrada ao juízo de legalidade extrema. Igualmente, tem-se que a reserva do possível faz parte do cotejo manifestado pela ideia geral de *reserva da lei*, atraindo a atividade administrativa aos campos em que efetivamente há uma regulamentação suficiente, cuja característica basilar é a submissão da disciplina jurídica à autorização do Poder Legislativo (Justen Filho, 2010, p. 154/155)⁹.

⁹ Entretanto, Marçal Justen Filho (2010, p. 155) afirma que a ideia de *reserva legal* sequer é útil perante o ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição vigente reservou a todos os assuntos, como regra, a disciplina por lei. A exceção ocorre em casos peculiares, especialmente examinados pelos Tribunais pátrios. Exemplo crasso foi o julgado emitido pelo STF na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, em que se decidiu pelo vigor dos efeitos do ato administrativo mesmo que desprovido de base

Em conceito funcional, diz-se que a reserva do possível é a submissão da atividade do Estado ao que se determina perante o empenho do orçamento público. Em outras palavras, “pela legalidade orçamentária, não haverá despesa pública que não esteja autorizada pela lei do orçamento” (Furtado, 2014, p. 79). Dessa forma, seria ato abusivo do administrador destinar mais verbas a determinada atividade do que aquelas previstas em lei, configurando-se ato ilegal passível de censura (art. 359-D do Código Penal e art. 10, IX, da Lei nº 8.429/1992). Em outro modo, diz-se que a reserva do possível coíbe atos aptos a extrair a verba pública do investimento para determinados fins previstos em lei, em função de uma coletividade, por força do desgaste do orçamento público sem uma provisão competente, comprometendo outros campos e, conseqüentemente, outros necessitados.

Objetivamente, o postulado da reserva do possível tem gerado discussão no seio do Direito Administrativo, especialmente em razão da perene falência na execução de políticas públicas, a par da ausência de um modelo que dê conta do contingente popular carente. Insta esclarecer que a cláusula da reserva do possível é agitada pelo Poder Público diante de questões como indisponibilidade financeira ou falta de empenho específico de verba pública, bem como frente a alguma pretensão desaparelhada ao direito almejado, especialmente em face do valor a ser despendido para realização de tratamentos contra as mais diversas patologias.

Conquanto se conheça esse discurso, a conclusão quase unânime do cenário dá ensejo à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, normalmente por meio do deferimento de providências liminares fulcradas no princípio do mínimo existencial, que conota a obrigação do Estado em prestar auxílio aos mais necessitados e concretizar o primado da *justiça distributiva*, com ênfase na alijada *igualdade material*.

2.2 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA PRIMAZIA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A criação de uma tutela que desse conta ao menos do necessário à vida digna do ser humano começou a ser esboçada a partir de meados do século XX,

estritamente legal. O objeto do litígio foi a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que censurou o nepotismo no seio do Poder Judiciário. Em ponto importante à pesquisa, reputou-se que a omissão legislativa não é capaz de desprover a produção de efeitos do ato administrativo autônomo se ele se pauta na concretização direta do texto constitucional, especialmente em função dos direitos fundamentais.

no pós-guerra. Os mais significativos excertos desse período foram emitidos pelo Tribunal Federal alemão, que reconheceu aos indivíduos a garantia de condições mínimas de existência, coroando-se a manutenção de sua dignidade a partir de um padrão mínimo de assistência. O trabalho doutrinário e jurisprudencial, corroborado pela atuação das entidades internacionais em favor dos interesses humanitários, concretizou parâmetros de atuação do Estado e da sociedade para alcançar esse ideal, muito embora conceitualmente ainda não seja bem entendido.

O *princípio do mínimo existencial* tem seu escopo no bem-estar da população. Segundo a doutrina, o bem-estar pode ser definido como o bem comum, normalmente chamado de felicidade, o mais legítimo motivo de todas as artes e saberes, a mais sublime manifestação do sentido da vida, expresso de qualquer forma suficiente à satisfação das necessidades comunitárias (Meireles, 2002, p. 566/567; Santos, 2009, p. 19). Na esteira de Aristóteles, tem-se que esse *estado de felicidade* não subsiste como algo ocasional, mas detém característica diacrônica, sendo necessária a sua manutenção no tempo, sob pena de vincular-se a qualquer vicissitude política ou factual no curso da vida, esbulhando sua plenitude (Santos, 2009, p. 21).

Com efeito, a partir da suscitação constitucional do bem-estar dos cidadãos, com a elevação dos direitos fundamentais ao *status* de cláusula pétrea, especialmente em atenção à proibição do retrocesso, tem-se que tal instituto não mais está suscetível de disposição, seja pelo Poder Público ou pelos particulares. Complementarmente ao que já foi estudado, cumpre dizer que os direitos fundamentais compõem, em verdade, a fonte de todo o ordenamento jurídico e junto com as demais normas de cunho constitucional são a “razão de existir” do Estado (Greco Filho, 2007, p. 15). Assim:

Os direitos fundamentais constituem não apenas uma estrutura definida pelo ordenamento jurídico, mas sim, detém uma distinção superior ao próprio ordenamento. Pois, não se tratam de especificidades técnicas ou procedimentais, são, enfim, entidades que visam salvaguardar a manutenção de valores capitais ao ordenamento jurídico e ao próprio Estado. (Silva; Lenhardt, 2010, p. 155)

Todo esse complexo vem gradualmente influenciando a opinião da melhor doutrina, que define:

A democracia substancial não questiona *quem* decide ou *como* se decide. Impõe a quem decide a proibição de decidir contra os direitos fundamentais ou a não efetivação de tais direitos. Logo, quando se refere a direitos *fundamentais*, se subtrai da maioria ou do mercado a liberdade de decidir. Nenhum contrato pode dispor da vida; tampouco, nenhuma maioria política pode dispor dos direitos fundamentais, por exemplo, decidindo que uma pessoa pode ser condenada sem provas, ser privada arbitrariamente de sua liberdade pessoal ou de seus direitos civis ou políticos ou, ainda, condenada a morrer sem assistência médica ou social, bem como viver sem condições mínimas de dignidade. (Cambi, 2011, p. 30) [sic]

Portanto, o mínimo existencial consiste em um núcleo essencial de faculdades *jurídico-constitucionais* garantidas à população, com o fito de preservar seus direitos fundamentais. Considerando-se a eficácia imediata e expansiva dos direitos fundamentais, a interpretação das normas de Direito deve enveredar à maior efetividade possível dessas faculdades jurídicas, pois compõem um núcleo capital não apenas à vida humana, mas à existência digna de qualquer cidadão. Cumpre dizer que tal adágio não está afastado da ideia de legalidade, sendo esta igualmente uma garantia fundamental dos cidadãos, que norteia a atividade pública em qualquer esfera. Contudo, “é muito usual que o sistema jurídico determine não o modo como será desenvolvida a atividade administrativa, mas os fins que deverão ser obrigatoriamente realizados” (Justen Filho, 2010, p. 150)¹⁰.

De fato:

O exame da eficácia requer do administrador público a avaliação dos resultados que as atividades por ele desenvolvidas geram em favor da sociedade. Se não

¹⁰ Essa ideia gera aversão àqueles que afastam o Direito da moral, que sucumbem o espírito do Direito, que é a justiça, para mantê-lo apenas em seu mais objetivo bem jurídico, o patrimônio. Trata-se de argumento fulcrado na definição empírica que conhece a sobrevivência como escopo da atividade humana, complementada contemporaneamente pelo ideal substancial de dignidade, cujos valores encabeçam o ordenamento jurídico pátrio. Como diria Robert Alexy (2009, p. 25), “pode-se dizer que o cumprimento de determinadas exigências morais mínimas é factivelmente necessário para a vigência permanente de um sistema jurídico”.

houver benefícios, devem os responsáveis por referido órgão corrigir os rumos por meio da definição de novos modelos ou estratégias. (Furtado, 2013, p. 97)

Objetivamente, depreende-se que a garantia do mínimo existencial está implícita na Constituição, sendo decorrente da tutela dos direitos fundamentais, especialmente a vida e a dignidade humana. A *cláusula geral* que abarca esse instituto é a própria dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), que institui essa faculdade jurídica como princípio fundamental. Nota-se que os direitos sociais fundamentais, entre eles, a saúde, também foram abraçados por esse conteúdo inato, integral e universal. Não é outra a inteligência exarada pela corrente majoritária. Por todos, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filtchiner Figueiredo aduzem que:

Há que se enfatizar que o mínimo existencial compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no último segmento!) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (Souza, 2014, p. 117)

Interessa apontar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 219/2007, que pretende acrescentar o art. 6-A ao disposto na Lei nº 8.080/1990, a fim de estabilizar cognição obviamente fulcrada no postulado da reserva do possível e no princípio da reserva legal. Em suma, referido projeto de lei tem como escopo especificar os procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos por intermédio do SUS, basicamente afunilando o rol de tratamentos colocados à disposição da população. Inobstante, acredita-se que qualquer providência pautada nessa intenção não será suficiente para turbar a plenitude da tutela exclamada, pois quanto aos preceitos restritivos à efetividade do direito à saúde haverá o:

Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. (Agravo de

Instrumento nº 759.543/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Celso de Mello, J. 17.12.2013, unânime, DJe 12.02.2014)

Portanto, sob a ótica do mínimo existencial, impende ao Poder Público manejar esforços gerenciais para adequar as verbas destinadas à implementação de políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde, garantindo-se a materialização do bem-estar da população, em respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

2.3 LINHAS COMPLEMENTARES SOBRE A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE PERANTE OS TRIBUNAIS PÁTRIOS: ESTUDO DE CASOS

Já se tem sedimentado que o princípio do mínimo existencial submete a chamada reserva do possível e, em maior medida, a própria reserva legal. Tem-se também que o mínimo existencial compromete a tutela dos direitos fundamentais, em respeito à vida e à dignidade da pessoa humana. Ocorre, entretanto, que há casos envolvendo os direitos fundamentais, e conseqüentemente o mínimo existencial, que são interpretados aquém desses institutos, tomando-se tanto a reserva legal quanto a utilidade da providência sob a ótica sistemática da estrutura pública. Por um lado, buscam-se fundamentos no princípio da legalidade da distribuição do orçamento público entre os diversos ramos sujeitos ao patrocínio estatal, almejando-se evitar que o Estado ostente tratamentos que ainda não possuem a suficiente eficácia científica. Por outro, de qualquer forma, o Estado se exime de efetivar a proteção dos direitos fundamentais, ofendendo a Constituição.

Há que se explicar, a partir da análise de situações concretas, tal contexto. Pegar-se-ão como exemplo dois casos: i) em um deles, uma cidadã teve sua mandíbula acometida por patologia que lhe causa fortes dores e dificuldade de movimentos na boca, o que lhe obriga a se alimentar de produtos líquidos e pastosos e a viver à base de analgésicos e outros medicamentos até que possa realizar tratamento no exterior (*colocação de prótese total*); ii) no outro, uma criança foi surpreendida pela *Síndrome de Irlen*, também chamada de *Síndrome Escotópica Sensitiva* ou *Distúrbio Visual-Perceptivo*, patologia que dificulta a percepção da luz causando distorções visuais, cujo tratamento consiste na utilização de dispositivo fabricado no exterior (*utilização de filtros seletivos de correção visual*), com estudos e procedimentos realizados com propriedade em Minas Gerais.

Objetivamente, os tratamentos indicados para ambas as patologias são recentes e ainda não foram incorporados pelo Ministério da Saúde, sendo esses alguns dos pretextos específicos na iminência de obstar as chances de recuperação dos indivíduos.

2.3.1 Caso Fernanda Valquíria Amaro

No primeiro caso, Fernanda Valquíria Amaro, curitibana de 26 anos, não consegue abrir a boca mais de cinco centímetros. A patologia na sua mandíbula causa degeneração e a família chega a gastar o valor mensal de R\$ 400,00 apenas em medicamentos para aliviar a dor da jovem. Para resolver o problema, seria necessário um tratamento com a colocação de uma *prótese total*, orçado em cerca de R\$ 300 mil. Fernanda possui convênio com plano de saúde, este que se recusou a patrocinar o valor sob pretexto de não ser o tratamento ideal, pois, de acordo com seus técnicos, a colocação da prótese seria muito agressiva à jovem, que teria que trocá-la de cada cinco a dez anos, tempo estimado à validade do dispositivo. Além disso, reclama a demandada que os estudos pré-clínicos com a prótese são muito recentes, sendo comum que a fabricante, a norte-americana TMJ Concepts, tenha que trocá-las com menos de três anos de uso, especialmente pelas dores extremas suportadas pelos pacientes em virtude da utilização do material.

Fernanda já havia passado por inúmeros tratamentos, os quais sequer surtiram resultado. A insistência na negativa do plano de saúde gerou uma multa contra si de R\$ 64 mil, aplicada pela Agência Nacional de Saúde (ANS), uma vez que o tratamento foi indicado por médico habilitado e, de acordo com a ANS, negado injustamente pelo plano de saúde, cuja conduta terapêutica seria obrigatória. Por prudência, cumpre indicar que a multa foi impugnada pelo plano de saúde.

No Judiciário, resumindo-se o trâmite processual, tem-se que a ação cominatória foi proposta em 2013 e distribuída à 7ª Vara Cível de Curitiba, Estado do Paraná. Em primeira instância, houve decisão liminar favorável à Fernanda. O plano de saúde demandado interpôs agravo de instrumento perante o eg. Tribunal de Justiça estadual, em que houve o deferimento do efeito suspensivo contra a decisão alvejada (art. 527, III, do CPC), em conivência com a tese da agressão do tratamento contra a autora, cabendo a avaliação colegiada do recurso para decisão definitiva. Porém, o órgão colegiado, por razões meramente processuais, sem avaliação do mérito, não conheceu o recurso (art. 526 do CPC), revogando o efeito suspensivo e determinando o cumprimento

da decisão interlocutória proferida em primeira instância. Doravante, em abril de 2014, a ação foi julgada procedente, confirmando-se a providência liminar, determinando-se que a demandada custeie o tratamento da autora e condenando-a ainda ao pagamento de danos morais pela negligência. Houve recurso de apelação, recebido com duplo efeito (art. 520 do CPC), ao que as partes aguardam o julgamento.

2.3.2 Síndrome de Irlen

No segundo caso em comento, o jovem acometido pela *Síndrome de Irlen* tem dificuldades para lidar com qualquer situação que dependa de breve atenção ocular, o que compromete especialmente seus estudos, tendo em vista que as distorções causadas pela má admissão da luz em seus olhos lhe tolhem a regularidade da visão. Em 2010, a escola do garoto emitiu relatório que dá conta da evolução em seu aprendizado com a aplicação do tratamento que consiste na utilização de óculos especiais e lentes/filtros espectrofotocromáticos que são colocadas sobre o material de leitura, cujo valor chega a mais de R\$ 1.000,00 por conjunto. Sua fabricação é feita pelo Instituto Irlen-Califórnia, nos Estados Unidos. A primeira tentativa de tratar o garoto foi patrocinada pelos pais, que não têm condições de continuar arcando com os custos necessários, pois o tratamento é contínuo, sendo forçadas sucessivas substituições do material utilizado e a sujeição a vários exames, não se conhecendo seguramente sobre a regressão da doença ou mesmo se há cura.

Com efeito, o atendimento do jovem foi negado pelo SUS, sendo proposta ação civil pública na tentativa de suprir judicialmente a negativa do Estado. Processualmente, com o apoio do Ministério Público de Minas Gerais, escoltado por parecer técnico emitido pela Coordenação de Oftalmologia Social da Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Minas Gerais - SES/MG (Parecer Técnico nº 6/12), o menor, devidamente representado, pleiteou liminarmente o patrocínio público do tratamento. Destarte, muito embora se tenha conquistado decisão liminar favorável, depois de vários recursos, o eg. Superior Tribunal de Justiça pacificou a celeuma, infelizmente, em desfavor do paciente.

Segundo o STJ, não merece guarida a pretensão do menor, pois se trata de providência que onera o Poder Público sob o pretexto de materializar tratamento experimental, cuja eficácia não foi cientificamente comprovada, demonstrando inclusive resultados controversos na literatura especializada. O ainda imaturo estudo realizado com o tratamento não seria capaz de contribuir ao deferimento

do pleito, pois se estaria ignorando que o Poder Público, por intermédio de seus Ministérios e Secretarias competentes, reserva verba de seu orçamento para custear e cooperar com a ciência e a tecnologia, que também tem como escopo auxiliar na busca da solução mais salutar aos diversos males que acometem os cidadãos.

O acórdão, publicado no Diário Oficial em 2013, proferido no Recurso Especial nº 293/884/MG, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, colocou relativo ponto final na celeuma, considerando-se que, em primeiro grau, os Magistrados ainda têm relutado em favor da pretensão dos enfermos, muito embora sejam recentes os estudos mais empenhados no tema.

2.4 APLICAÇÃO DO MÉTODO DA PROPORCIONALIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE

O método da proporcionalidade na concretização da lei contribui para a definição dos elementos primordiais a serem aproveitados ou excluídos na resolução do *case*. Importante ressaltar desde já que a proporcionalidade tem implícita em si a outorga ao Poder Judiciário, inclusive para exercer o controle sobre os atos dos demais Poderes (Branco, 2006, p. 131). Com isso, o labor do intérprete diante de um *hard case*, quando estão em jogo *faculdades jurídico-constitucionais de mesma grandeza*, colidentes entre si, estaria vinculado não apenas à resolução da lide, mas também à efetividade do resultado para os bens jurídicos fundamentais colocados sob seu crivo.

Alerta-se que para melhor compreensão do tema é necessário absorver que a construção jurídica dos direitos fundamentais é tomada com função geral ou estrita, não se excluindo seu caráter constitucional quer em um ou em outro caso. Assim o é tendo em vista que as normas constitucionais que garantem a tutela dessas faculdades jurídicas podem funcionar com esboço principiológico, com maior exemplo na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), ou como regra, concorrendo com as demais regras constitucionais que conformam o ordenamento jurídico. Como princípio, os direitos fundamentais demandam a realização de algo na maior medida possível, diante da realidade fática e jurídica. Como regra, deve-se atentar ao suposto fático, às noções de sanção, exigência, proibição e permissão em sua operacionalidade e à estrita regulamentação (Sarlet, 1998, p. 262). Nota-se, então, que a proteção dos direitos fundamentais é apropriada em qualquer situação, pois utilizada como

verdadeira fonte do Direito¹¹. Entretanto, o olhar mais específico do operador poderá enveredar à sua colisão com outras normas que pretendem garantir, ainda que programaticamente, como no caso dos investimentos em saúde, a tutela de iguais direitos.

Entendido isso, a proporcionalidade enquanto método de solução de conflitos entre normas jurídicas é estruturada com a noção de três elementos: i) necessidade; ii) adequação; e iii) balanceamento. A reunião desses elementos fomenta um comando de otimização à providência jurídica a ser aplicada ao caso. A *necessidade* e a *adequação* dizem respeito às questões de fato: a *necessidade* se alija no interesse de promover um direito sem lesar, ou lesando o menos possível, outra faculdade jurídica que foi ignorada para a solução do litígio; a *adequação* está atrelada ao meio empregado para solucionar o conflito, se ele é realmente eficaz para promover plenamente o direito escolhido como primordial no caso. Concluindo o plano, o *balanceamento*, também chamado de *proporcionalidade em sentido estrito*, diz respeito ao âmbito jurídico do método da proporcionalidade. Sob sua égide, considera-se que, quanto maior o grau de insatisfação ou detrimento de uma faculdade jurídica, seja em um conflito entre princípios ou regras, maior será a importância de satisfazer as que com ela concorreram (Alexy, 2003, p. 135).

A partir dessa cognição, ao que se extrai dos casos avaliados, coadunando-os com o conteúdo do tema em comento, pode-se relacionar que a decisão do *Caso Fernanda* se adéqua ao conteúdo e à eficácia integral e extensiva dos direitos fundamentais, conquanto pendente o julgamento de recurso contra a decisão. Entretanto, o julgado do *Caso Irlen* perece na técnica precária proposta à compreensão do vigor sublime dos direitos fundamentais. De qualquer modo, considerando-se a síntese conjunta, os argumentos alhures tratados servem para ambos os casos, ainda que sua conclusão nos Tribunais esteja distintamente segmentada.

Destarte, nota-se que tanto no primeiro quanto no segundo caso os tratamentos são experimentais. Há resultados controversos em ambas as situações e algumas questões ainda aguardam o competente esclarecimento científico. Além disso, no *Caso Fernanda*, o plano de saúde foi condenado a bancar o tratamento, o que no *Caso Irlen* sequer seria possível, já que a família do menor não tinha condições de contratar qualquer espécie de assistência

¹¹ A doutrina filosófica assevera que “os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios” (Mendes, Coelho, Branco, 2002, p. 182).

médica. Do ponto mais relevante, os dois casos estão fulcrados em comum cognição: a efetiva e integral proteção dos direitos humanos fundamentais, em especial o direito social fundamental à saúde. Com efeito, está-se diante de um conflito entre a realização material dos direitos fundamentais e as disposições constitucionais programáticas que tratam da garantia do direito à saúde e de sua concretização.

Nessa esteira, de acordo com os Tribunais, conquanto se tenham demonstrado cabalmente as prerrogativas jurídicas em favor do interessado, nota-se que o risco material do tratamento considerado experimental não é acobertado pela garantia pautada na oneração do patrimônio público para a realização da pretensão que não traz consigo a comprovação de sua eficácia. Assim, a assistência efetiva e integral ao direito social fundamental à saúde, seja na esfera médica, terapêutica ou farmacêutica, não se legitima quando o tratamento não se mostra suficiente à finalidade a que se destina, sob pena de transformar a verba pública em fomento para a atividade fulcrada em caráter experimental, olvidando-se e, no mais, intervindo-se abruptamente nos projetos públicos, o que supostamente exacerba o *munus* do Poder Judiciário.

A aversão a tal entendimento é franca, pois, de fato, não se poderia admitir tal paradoxo, uma vez que não se trata de patologia que acomete apenas um paciente, nem mesmo se está diante da estagnação social a esses males. No *Caso Fernanda*, desnecessário apontar a história da profissão e relacionar os avanços da odontologia e da medicina facial, especialmente diante do progresso tecnológico alcançado nos últimos anos, com o surgimento de inúmeras técnicas de tratamento autorizadas pelo Conselho Federal de Odontologia (Resolução nº 185/93). No *Caso Irlen*, apesar de relativamente recentes as pesquisas, datadas inicialmente em 1983, pela psicóloga Helen Irlen, em projeto financiado pelo governo norte-americano, tem-se que a patologia vem sendo esclarecida pela literatura especializada e já conta com polos científicos em diversos países. No Brasil, a principal entidade que trata do tema é o Hospital de Olhos Dr. Ricardo Guimarães, em Minas Gerais¹². Além desse breve e suntuoso retrospecto, entende-se como fatal a qualquer tese que tente afastar a eficácia integral dos direitos fundamentais o descaso com o financiamento da saúde no Brasil. Como visto, a falta de gerenciamento competente simplesmente ludibria em bilhões de reais o empenho necessário à adequação da verba pública, suplementando não

¹² Maiores informações no sítio especializado na doença, intitulado *Síndrome de Irlen*. Disponível em: <http://irlenbrasil.com.br/>.

apenas o descaso com os cidadãos, mas inclusive situações paradoxais como as que se comenta.

Juridicamente, deixar de contribuir à efetividade do direito social fundamental à saúde sob pretextos de ordem científica, que nada mais contém do que mero repúdio à sujeição do interesse econômico do Estado, é inconstitucional diante do atual contexto que embasa o Estado Democrático e Social de Direito. Com propriedade, Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 86) explica o papel dos Tribunais, afirmando que há uma diferença importante entre o objeto levado ao conhecimento do Poder Judiciário e o indivíduo que fará o papel de Magistrado, em que ao objeto cumpre a função de ser conhecido e, ao Magistrado, a função de apreender o objeto, colocando-se como expectador e fiscal da situação que compõe o caso, trabalhando e decidindo a partir das provas colacionadas nos autos. Por outro lado, as propriedades da situação levada ao exame jurisdicional:

Não são apreendidas diretamente pelo sujeito, mas captadas *através* da imagem, da representação ou do pensamento que nele se formam acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista ou por causa disso, o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento. (Mendes; Coelho; Branco, 2002, p. 86)

Inobstante, como cabalmente se denota, o Estado não apenas possui condições econômicas para aplicar na recuperação dos enfermos, e apenas não o concretiza por negligência, como também faz jus ao *poder-dever* de empreender esforços conjuntos com a sociedade para administrar a cura de enfermidades ou a amenização dos sintomas das variadas patologias que atingem os seres humanos, promovendo o bem-estar da população (art. 196 da CRFB/1988). Essa tarefa não deve ser tomada como algo extraordinário, paralelo à efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de qualquer faculdade jurídica essencial, concernente ao mínimo existencial, ser alocada de acordo com a programação técnico-burocrática, que muito se afasta da realidade no Brasil e de modo algum vincula a expressão jurisdicional.

Do contrário, a Constituição não seria mais do que carta política e o Poder Judiciário não passaria de mero porta-voz do Estado, que, por intermédio da letra fria da lei, legitimaria todo o cenário de descontentamento hoje impresso no coração do povo brasileiro.

CONCLUSÃO

Nas considerações finais do trabalho, almeja-se sublinhar que a garantia constitucional de direitos fundamentais tem como escopo a preservação das faculdades jurídicas mínimas à manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana. Tal adágio abriga não apenas um dos fundamentos primordiais do Estado, mas também a condição basilar de legitimidade do próprio Direito enquanto veículo de justiça e emancipação social. Não basta, pois, que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, oportunize aos indivíduos a utilização de um canal de acesso à Justiça. É necessário que os cidadãos possam confiar nesse Poder como uma forma eficiente e concreta de realização de seus direitos fundamentais.

Um dos paradigmas contrários a essa teoria utiliza como pretexto a existência de um olhar descomprometido do Poder Judiciário com o orçamento público como mérito de inúmeras críticas quanto à afamada *ditadura dos juízes*. Também se fala em *ativismo judicial*¹³, para caracterizar a constante e obtusa intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. Mas isso não deve estar causando comoção para além dos defensores da estrita legalidade, que extraem do texto jurídico todo o espírito da lei e tentam impingir-la como mero jogo de palavras, sem qualquer aspiração humanitária. Destarte, viu-se nesta pesquisa que o órgão julgador tem às suas mãos fundamentos suficientes para driblar o torpe arbítrio do Estado em obstar o acesso dos cidadãos aos seus direitos fundamentais, por ledo e conveniente equívoco na articulação do orçamento público. Buscou-se, assim, determinar que a efetivação do direito social fundamental à saúde não prejudica o orçamento público, mas sim impinge ao administrador público o profícuo e pleno cumprimento de sua tarefa, especialmente no que diz respeito à proteção do mínimo existencial aos cidadãos que a ele confiaram a gestão do Estado.

¹³ É necessário esclarecer corrente confusão dos operadores do Direito quanto aos termos *ativismo judicial* e *estrito cumprimento do dever legal* pelos Magistrados. Nesse sentido, Lenio Streck (2009, p. 25) afirma que “a garantia de efetividade dos direitos fundamentais impinge ao Poder Judiciário legitimidade para, no limite, isto é, na inércia injustificada dos demais poderes, implementar essa missão”. Destarte, *ativismo judicial* é tese utilizada para contrastar a *legislatura judicial*, em que os magistrados instituem verdadeiras hipóteses normativas, de fato legislando, invadindo a esfera do Poder Legislativo. O que não ocorre quanto às disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais, pois é pacífico que essas espécies de normas jurídicas detêm aplicabilidade imediata, devendo-se prover o mínimo existencial a qualquer cidadão que esteja necessitado, sendo essa a conduta legítima e constitucionalmente outorgada ao Poder Judiciário.

Observou-se ainda que a dificuldade dos Tribunais brasileiros em lidar com alguns temas também turba a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo quando o caso e o cotidiano social, político e jurídico oferecem todos os elementos necessários para que o Magistrado confirme a plenitude da tutela constitucional. Com efeito, a necessidade de um empenho mais profundo dos Tribunais sobre determinados temas ainda compromete a eficiência do sistema. Este é um problema a ser gradualmente abolido.

Ao cabo, com importância, demonstrou-se que os direitos sociais fundamentais possuem características suficientes à sua proteção integral e imediata, nos termos emanados pela Carta Magna. Portanto, diante de alguma ação ou omissão do Poder Público que obste ou lese o direito à saúde, atingindo o seio do mínimo existencial tutelado pelo Direito Constitucional, cabe ao interessado ou interessados pleitear a providência jurisdicional apta a possibilitar a recuperação ou manutenção de seu bem-estar, cabendo ao Estado prover e efetivar a ordem constitucional em favor dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

_____. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: RCS, 2006.

CFM - Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 4/11/2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão histórico-jurídica sobre as gerações de direitos fundamentais: a paz como direito fundamental de quinta geração. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ONU - Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 12/10/2014.

OPAS/OMS - Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<http://www.paho.org/bra/>>. Acesso em: 5/9/2014.

PIOVESAN, Flávia. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua aplicação no exercício da advocacia pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, a. XI, n. 6, p. 77/94, 1997.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Adriana Martins; LENHARDT, Willian Padoan. Os direitos fundamentais no contexto contemporâneo: entre eficácia absoluta e renúncia volitiva. *Ius Gentium*, Curitiba, a. 4, n. 8, p. 152-166, jul./dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÍNDROME de Irlen. Disponível em: <<http://irlenbrasil.com.br/>>. Acesso em: 15/10/2014.

SOUZA, Raffaella Cássia de. A sindicabilidade do direito social à saúde pelo poder judiciário: reserva do possível e mínimo existencial. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a. X, n. 59, p. 107-126, set./out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

