Alguns caminhos possíveis: mínimo existencial, respeito às escolhas administrativas legítimas e consideração dos custos dos direitos

Ao analisar o atual estágio em que se encontram a jurisprudência e doutrina pátrias no que se refere ao direito social à saúde, expondo diversas críticas e excessos em sua concretização, não houve qualquer pretensão em fomentar a existência de obstáculos intransponíveis para a aplicação deste direito, cujo caráter jusfundamental o coloca no ápice do ordenamento jurídico. Pelo contrário, entende-se que apenas através do desenvolvimento de técnicas seguras e razoáveis, que tenham em conta os mais diversos aspectos jurídicos e fáticos envolvidos, poder-se-á contribuir para a consolidação e efetividade dos dispositivos constitucionais relativos ao tema.

Para isso, é importante que a partir da séria consideração dos custos envolvidos na efetivação dos direitos, bem como da legitimidade das escolhas¹ administrativas, técnica e constitucionalmente embasadas, admita-se a relatividade do direito à saúde, característica inerente a todo e qualquer direito.

Ao mesmo tempo em que se destaca seu caráter relativo, entende-se que um conteúdo mínimo do direito à saúde deve ser garantido com maior rigidez², de modo a possibilitar ao ser humano uma existência digna e sob pena de se frustrar e eliminar completamente o direito em referência, o que seria desastroso sob o ponto de vista humanitário e de constitucionalidade questionável sob o ângulo jurídico.

Na verdade, é exatamente este conteúdo mínimo (ou mínimo existencial) que precisa ser melhor compreendido e delimitado, pois é a partir dele que podemos começar a analisar a constitucionalidade das escolhas administrativas realizadas em matéria de saúde e, por conseqüência, os limites para uma intervenção judicial, igualmente constitucional e não abusiva, que possa superar quaisquer das críticas formuladas no capítulo anterior. Diz-se começar, pois a resolução integral e efetiva do problema é muito mais complexa do que o já nada simples estudo do mínimo existencial, uma vez que envolve inúmeros fatores,

¹ Escolhas estas que, na hipótese, devem ser consideradas trágicas.

² Este conteúdo mínimo aqui será referido como parte do que se convencionou chamar de mínimo existencial.

dentre os quais se destacam os custos dos direitos frente a um ambiente de recursos escassos.

Portanto, em razão de sua importância para a delimitação do direito à saúde, tratar-se-á das linhas gerais do mínimo existencial a seguir.

4.1

O mínimo existencial: definição, principais características e utilidade

O instituto jurídico do mínimo existencial (ou mínimo social) tem como origem debates travados pela doutrina e jurisprudência alemãs, na década de 1950, onde se passou a discutir acerca da existência da garantia de um mínimo indispensável para a existência humana digna.

Relata Alexy³ que, em 1951, identifica-se decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴, prolatada acerca da assistência social, em que se pode inferir as primeiras referências, no âmbito daquele Tribunal, à existência de um direito fundamental a um mínimo existencial. A esta decisão, soma-se outra proferida em 1975⁵, mais explícita em reconhecer um direito às condições mínimas de uma existência humana digna. Ao consagrar o direito ao mínimo existencial, este Tribunal acompanhou a jurisprudência do Tribunal Administrativo e a doutrina sedimentada daquele país.

Andreas J. Krell acrescenta que a quase totalidade dos autores alemães defendem que o Estado Social deve garantir a existência física da pessoa, ou seja, um “mínimo social”, extraído, a partir de interpretação sistemática, do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física e do princípio do Estado Social⁶, uma vez que o mínimo existencial não possui consagração constitucional expressa naquele país.

No âmbito nacional, Ricardo Lobo Torres é apontado como precursor do debate acerca do mínimo existencial, razão pela qual vale a análise de sua posição para início de compreensão do tema.

³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 436.

⁴ BVerfGE 1, 97.

⁵ BVerfGE 40, 121.

⁶ KRELL, Andreas, op. cit., p. 60-62.

Segundo Torres, o mínimo existencial, que pode ser tido como sinônimo de mínimo social ou direito constitucional mínimo, não possui dicção constitucional própria, fundamentando-se nas “*condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana*”⁷. Para o autor, o mínimo existencial possui uma dupla dimensão, havendo “*um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações positivas*”^{8, 9}. Ainda sobre a questão, cabe transcrever o seguinte excerto que bem caracteriza o pensamento do autor:

Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a *situações existenciais dignas*.

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 condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.¹⁰

Ainda de acordo com Torres, o mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, uma regra jurídica que é “*irredutível por definição e insuscetível de sopesamento*”¹¹, não estando submetido ao princípio da reserva do possível¹². Porém, em que pese sua centralidade na ordem jurídica, o mínimo existencial carece de conteúdo específico^{13, 14}.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 13.

⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁹ Em outra passagem, o autor melhor explicita esta dupla dimensão: “O mínimo existencial é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa” (*Ibid.*, p. 184).

¹⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹¹ *Ibid.*, p. 83-84.

¹² *Ibid.*, p. 105-106.

¹³ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴ Destaque-se que, não obstante a afirmação peremptória, no sentido da inexistência de conteúdo específico, identifica-se, em outra parte da obra do autor, clara tentativa de delimitar o conteúdo deste mínimo, tanto em seu aspecto negativo (*status negativus*), a exemplo das imunidades tributárias, como em sua dimensão positiva (*status positivus libertatis*), na qual inclui a saúde preventiva, excluindo a curativa (*Ibid.*, p. 183-269). Não se pode deixar de identificar certa contradição ou, até, incoerência entre as afirmações.

Aliás, o mesmo ocorre na questão da “irredutibilidade do mínimo existencial”. Após afirmação absoluta em direção a esta característica, em passagem posterior faz concessão a existência de

Por fim, cabe ressaltar o que talvez seja a característica, atualmente, mais marcante do pensamento do autor acerca do tema, qual seja, a distinção entre mínimo existencial e direitos sociais. Para Lobo Torres, a jusfundamentalidade dos direitos sociais restringe-se ao mínimo existencial. Tudo além do mínimo, isto é, tudo aquilo que supera os direitos sociais garantidores da existência humana com dignidade, não pode ser tido como direito fundamental. A seguinte passagem é ilustrativa deste pensamento:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.¹⁵

O autor crítica o que considera emburilhamento entre direitos fundamentais e sociais, situação que inviabilizaria o Estado Social de Direito e a eficácia dos direitos sociais, ao menos em sua dimensão mínima. Para o mesmo, a judicialização ampla dos direitos sociais, sem qualquer preocupação com a diferenciação entre aqueles que foram “*tocados pelos interesses fundamentais ou pela fundamentalidade*”¹⁶, traz prejuízos irreparáveis a ambos, isto é, direitos sociais e mínimo existencial, podendo ser caracterizada como uma intervenção antidemocrática¹⁷. Portanto, os direitos sociais, subordinados à idéia de justiça social¹⁸, dependem da concessão do legislador e submetem-se à reserva do possível, devendo o Judiciário respeitar estas características e limitações.

Pode-se concluir que Ricardo Lobo Torres opta por reduzir o quantitativo de direitos fundamentais sociais, em prol de maior qualidade e efetividade, inclusive jurisdicional, daqueles direitos que se identificam com o mínimo existencial. Não obstante, o caminho escolhido, isto é, o do reducionismo da fundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, confronta com a posição do constituinte

limites fáticos, “sobretudo de ordem financeira”, aos quais se submeteriam até mesmo o mínimo existencial (TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 114-115).

¹⁵ Ibid., p. 41.

¹⁶ Ibid., p. 42.

¹⁷ Ibid., 132-134.

¹⁸ Lembrando que o mínimo existencial, para o autor, liga-se à idéia de liberdade.

que garante a fundamentalidade, formal e material, dos direitos sociais em termos amplos¹⁹.

Ana Carolina Lopes Olsen²⁰ identifica em posicionamentos como o de Ricardo Lobo Torres a evidente preocupação em conferir maior eficácia às normas de direito fundamental social, em que pese não anuir a esta postura²¹. Assim, pode-se afirmar que, no Brasil, o debate acerca do mínimo existencial teve sua gênese com a discussão acerca da efetividade dos direitos constitucionais sociais, tema que ganhou maior impulso com a Constituição Federal de 1988²². Através do estabelecimento de um padrão mínimo de direitos efetivos, isto é, com aplicabilidade imediata e judicializáveis, compreendendo aqueles indispensáveis a uma vida com dignidade, buscou-se superar a falta de efetividade sistêmica de nosso ordenamento jurídico, fenômeno identificado por Marcelo Neves como constitucionalização simbólica²³.

Tendo como premissa o fato de que o mínimo existencial não pode restringir o conteúdo dos direitos fundamentais sociais, uma vez que estes não se confundem com aquele²⁴, o certo é que, por sua importância como instituto jurídico e como objeto da ponderação de valores, o mínimo existencial conquistou enorme espaço na doutrina e jurisprudência nacionais. E é exatamente da forma como o mínimo existencial se apresenta, majoritariamente, que se tratará nas linhas a seguir, complementando o esboço já iniciado²⁵.

¹⁹ Para maiores considerações acerca da fundamentalidade dos direitos sociais e evitando repetições desnecessárias, remete-se ao que já foi dito no item 2.1 desta dissertação.

²⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 324-326.

²¹ “Não se pode pretender proteger a fundamentalidade dos direitos sociais, a partir da exclusão desta esfera a porção mais abstrata da norma, ou afastando normas constitucionais por inteiro, pois não apresentam conexão direta com um mínimo existencial. Mais que dado, a fundamentalidade de um direito deve ser construída em consonância com os valores difundidos na sociedade. E por mais relevante que o mínimo existencial seja na sociedade brasileira, é certo que ela tem seu horizonte fixado muito além...”. (Ibid., p. 324).

²² Sobre o tema, ver a obra: BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*.

²³ NEVES, Marcelo, op. cit.

²⁴ Como já firmado linhas acima e em decorrência de considerações exaradas anteriormente neste trabalho, interpretações reducionistas dos direitos fundamentais sociais são incompatíveis, material e formalmente, com a Constituição de 1988.

²⁵ Para um estudo mais aprofundado acerca do mínimo existencial, vale conferir as obras a seguir: BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*; HONÓRIO, Cláudia, *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*.

Em primeiro lugar, cabe deixar assentando quais os fundamentos do mínimo existencial, isto é, de onde provém a obrigação estatal de assegurar as condições materiais mínimas de vida para os seres humanos.

Daniel Sarmiento²⁶ identifica três fundamentos principais: a garantia da liberdade real²⁷ e dos pressupostos da democracia²⁸, os quais seriam argumentos instrumentais; e o mínimo existencial como fim em si mesmo²⁹, argumento não instrumental. A dignidade da pessoa humana também é diversas vezes lembrada como fundamento do mínimo existencial³⁰.

O que se percebe é que a ausência de previsão constitucional expressa exige especial esforço dos doutrinadores no sentido de justificar a aplicabilidade do mínimo existencial, enquanto instituto jurídico orientador e capaz de estabelecer um padrão necessário para uma vida humana digna.

Seria tarefa de difícil consecução negar o caráter instrumental do mínimo existencial frente a princípios e valores como a liberdade real e a democracia, pois somente indivíduos preparados e com um mínimo de condições vitais, intelectuais e materiais são capazes de realizá-las e alcançá-las, com algum sucesso. O mesmo se diga da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado

²⁶ SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 574-576. Para uma análise mais aprofundada acerca dos diversos argumentos utilizados para a fundamentação do mínimo existencial, cf. a dissertação HONÓRIO, Cláudia, op. cit., p. 115-180.

²⁷ Sem o atendimento de condições materiais básicas, não existe liberdade real ou fática, pois os seres humanos não são capazes de seu exercício. Esta é justamente a tese adotada por Robert Alexy (ALEXY, Robert, op. cit., p. 503-519) e Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 13), acerca do mínimo existencial. Ao se referir ao mínimo existencial, Cláudio Pereira de Souza Neto expõe argumentos no mesmo sentido (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*, p. 310-312).

²⁸ A democracia não é simplesmente o respeito à vontade da maioria, exigindo a garantia de participação plena e consciente dos cidadãos, que apenas pode ser obtida através de condições sociais mínimas. Habermas pode ser referido como um grande expoente deste pensamento (HABERMAS, Jürgen, op. cit.).

²⁹ O atendimento das necessidades humanas básicas é exigência autônoma da justiça, que surge independentemente de outros objetivos, como a garantia de uma liberdade real ou da democracia. Daniel Sarmiento se posiciona, expressamente, como defensor deste fundamento do mínimo existencial (SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 575).

³⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 433-434 e BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 248. Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, em estudo conjunto, chegam a afirmar que “no tocante a dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial” (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, p. 311).

Constitucional (art. 1º, III, CF/1988) e da qual o mínimo existencial pode ser tido como elemento nuclear ou essencial.

Por outro lado, o reconhecimento do mínimo existencial como valor ou norma autônoma, como fim em si mesmo, apenas fortalece a aplicabilidade e orienta a justiciabilidade dos direitos humanos, os quais de nenhuma forma devem ser prejudicados diante das críticas formuladas à excessiva, assistemática e abusiva judicialização do direito à saúde em nosso país.

Desta forma, os diversos caminhos utilizados para justificar a aplicabilidade do mínimo existencial devem ser considerados válidos em seu conjunto, pois contribuem para consolidar a efetividade dos direitos humanos, não sendo de qualquer forma excludentes, mas complementares.

É preciso fixar desde logo, evitando qualquer interpretação equivocada em razão da nomenclatura, que o mínimo existencial não se limita a garantir a existência física do indivíduo ou, em outros termos, sua mera sobrevivência. Justamente por sua função instrumental, acima destacada, o mínimo existencial apenas é efetivado quando, além da sobrevivência, garantem-se as condições para uma vida digna, livre e participativa, o que não se confunde, à evidência, com a obrigatoriedade da concessão de prestações ilimitadas pelo Estado. Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo identificam, e ressaltam, esta característica:

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.(...)³¹

Os mesmos autores destacam que, no âmbito do debate jurídico-constitucional alemão, há um desdobramento do mínimo existencial em mínimo fisiológico e mínimo sociocultural. O primeiro, fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, compreende as condições materiais mínimas para uma vida condigna, isto é, a proteção de necessidades de caráter existencial, perfazendo o conteúdo essencial do mínimo existencial. O segundo, decorrente

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 21-22.

dos princípios do Estado Social e da igualdade material, visa assegurar, além da proteção básica, um mínimo de inserção do indivíduo na vida social³².

Considerando a importante repercussão no país das considerações germânicas, os autores reafirmam, a partir da divisão acima formulada, que o mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, o qual não garantiria a necessária vida humana com dignidade. Concluem que o mínimo existencial deve ser assegurado mediante condutas negativas e positivas do Estado³³.

A mesma característica de não limitação do conteúdo do mínimo existencial à mera sobrevivência física é lembrada por Paulo Gilberto Cogo Leivas³⁴. O autor busca identificar o conceito de mínimo existencial a partir de considerações doutrinárias acerca das necessidades humanas. Inicialmente, divide as necessidades em básicas e intermediárias, para, em seguida, investigar seu padrão de satisfação, que pode ser ínfimo ou ótimo. Em uma concessão à realidade fática, aceita que países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, como o Brasil, apenas podem atingir, de modo imediato, um nível ótimo-mínimo de realização das necessidades humanas, não obstante deverem aspirar a um padrão ótimo-máximo no médio prazo. Entretanto, mesmo o nível mínimo, que perfaz o mínimo existencial nestes países, não pode ser reconduzido à mera sobrevivência física.

O mínimo existencial, portanto, abrange todas as condições e elementos necessários para a manutenção de uma vida digna, livre e participativa, possuindo estreita relação com a realização dos direitos fundamentais, amplamente

³² Ibid., p. 22.

³³ Vale transcrever o excerto:

“(…) A primeira diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem – a despeito de divergências sobre a extensão do conteúdo da garantia – prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como dá conta, em caráter ilustrativo, a recente contribuição do Tribunal Constitucional de Portugal na matéria, ao reconhecer tanto um direito negativo quanto um direito positivo a um mínimo de sobrevivência condigna, como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material.” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 23).

³⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 123-128.

considerados. Possui uma dimensão negativa, impedindo que Estado e outros indivíduos atuem contra a obtenção ou manutenção de condições materiais indispensáveis para uma vida digna³⁵, e uma dimensão positiva, que abarca prestações materiais vocacionadas à realização deste mínimo.

Na adequada análise empreendida por Clémerson Merlin Cleve:

Os direitos sociais não tem a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição Federal de 1988, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade). O conceito do *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição Federal de 1988 que quer erigir um Estado democrático de direito) autorizam a compreensão do *mínimo existencial* como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos.³⁶

Destacando as mesmas características, Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza o conceito de mínimo existencial:

(...) a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos (...)^{37, 38}.

³⁵ O exemplo constitucional mais evidente é a vedação de confisco (art. 150, IV, CF/88), o qual protege o patrimônio mínimo do indivíduo contra o poder tributário do Estado. No âmbito da relação entre particulares, exemplo de proteção do mínimo existencial, sob o aspecto negativo, é a conferida ao bem de família. Ricardo Lobo Torres denomina esta dimensão do mínimo existencial de *status negativus* (TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 183-239).

³⁶ CLEVE, Clémerson Merlin, op. cit.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 433.

³⁸ O mesmo conceito mais geral, com algumas pequenas variações, é identificado na obra de diversos autores. Exemplificativamente: “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.” (BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 248); “O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado (...)” (GRINOVER, Ada Pellegrini, *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*); “O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida.” (SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 576).

Como se vê, a conceituação do mínimo existencial, em termos amplos e genéricos, apresenta importante posicionamento doutrinário no sentido de sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, congregando os direitos e prestações essenciais para uma vida digna e saudável. O problema maior transparece quando pretende-se um conceito mais específico que identifique o conteúdo, em espécie e extensão, do mínimo existencial.

Reconhecendo a complexidade da tarefa, Alexy chega a classificá-la de impossível³⁹, não obstante, valendo-se de um modelo baseado no sopesamento entre princípios e na coexistência de direitos *prima facie* e definitivos, busque identificar o conteúdo do mínimo existencial perante a sociedade alemã⁴⁰. Já Paulo Gilberto Cogo Leivas faz referência a uma complexidade extrema da tarefa, que apenas poderia ser desenvolvida mediante dogmáticas específicas que levassem em conta a escassez de recursos para a realização das necessidades intermediárias⁴¹.

Em que pese as dificuldades, alguns autores lançam-se em tentativas de definir o conteúdo do mínimo existencial, o qual varia ao sabor da concepção de cada um acerca do que compõem as necessidades vitais dos seres humanos para uma vida com dignidade^{42, 43}.

³⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 427.

⁴⁰ Assim, faz referência ao direito a “*moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica*” (Ibid., p. 512).

⁴¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 135-136.

⁴² Barroso faz referência genérica ao conteúdo do mínimo existencial, que segundo sua concepção abrangeria “*as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público*” (BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 881-882).

Mariana Filtchtiner Figueiredo se propõe a tarefa de buscar alguma especificação acerca do conteúdo do mínimo existencial em matéria de saúde (FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner, op. cit., p. 204-218).

Andreas J. Krell, em que pese fazer alusão ao fato de que o conteúdo concreto do mínimo existencial variará de país para país, inclui neste conteúdo “um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia” (KRELL, Andreas, op. cit., p. 63).

⁴³ Consideravelmente mais fácil do que estabelecer, em abstrato, o conteúdo específico do mínimo existencial, talvez seja a tarefa de identificar situações que, definitivamente, não se enquadram nos estritos limites do conceito, como, por exemplo, o fornecimento de tratamentos estéticos contra o envelhecimento natural do ser humano, remédios contra calvície e disfunção erétil.

Especificamente sobre o último problema, vale conferir o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferido em apelação no processo nº: 0000798-49.2008.8.19.0042, rel. Marilene Melo Alves, no qual se reformou decisão proferida em primeira instância, que determinava o fornecimento pelo Município de comprimidos para a disfunção erétil do autor. Também

No Brasil, talvez a tentativa mais conhecida de definir o conteúdo específico do mínimo existencial tenha sido a empreendida por Ana Paula de Barcellos⁴⁴, que aponta as seguintes prestações como integrantes do núcleo da dignidade da pessoa humana, às quais reconhece eficácia jurídica imediata e com plena exigibilidade judicial: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça, este último, como elemento instrumental. A autora busca especificar o que abrange cada uma destas prestações, invocando maior responsabilidade do julgador que deve ter a consciência de que, ao negar ou conceder determinada prestação requerida em juízo, está realizando uma escolha trágica e, exatamente por isso, priorizando determinadas situações de necessidade em detrimento de outras.

Especificamente com relação às prestações mínimas em saúde, Ana Paula de Barcellos discorre acerca da dificuldade adicional que envolve o tema, uma vez que, muitas vezes, a saúde não admite gradações. Assim, sugere alguns parâmetros para a identificação destas prestações, destacando-se aquele que:

(...) propugna pela inclusão prioritária no mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram – como o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal -, necessitam – exemplificativamente o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica etc. – ou provavelmente hão de necessitar – e. g.: o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, etc⁴⁵.

Assim, tendo em conta o parâmetro acima, a autora concretiza da seguinte forma as prestações que integram o mínimo existencial em saúde: atendimento materno-infantil; medicina preventiva, na qual sugere que o Estado garanta prestações semelhantes às condições mínimas obrigatórias para o plano de saúde

envolvendo este mesmo tema, Ricardo Lobo Torres menciona programa de saúde formatado pelo município de Novo Santo Antônio, em Mato Grosso, com o pitoresco nome de “Pinto Alegre”, por meio do qual, distribuía-se, gratuitamente, Viagra® para a população de maior idade (TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 256). Os dois exemplos citados (sentença de primeira instância e programa de saúde) são demonstrações claras de abusos e excessos na implementação do direito à saúde, pois, não obstante as evidentes e graves deficiências relacionadas à saúde básica da população em geral, administradores e magistrados comprometem os limitados recursos públicos com a realização de tarefas não integrantes do mínimo existencial. Enquanto recém-nascidos, por absoluta falta de investimento público, muitas vezes de baixo custo, continuam a morrer das chamadas “doenças da pobreza”, não deveria haver espaço para o Poder Público realizar investimentos como os exemplificados.

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 247-301.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 280-281.

mais básico (ambulatorial) que pode ser oferecido à população (art. 12, I da Lei nº 9.656/1988); e, saneamento básico.

Não obstante o mérito da delimitação apresentada pela autora, indo além do óbvio e da recorrente ausência de atividade propositiva por parte da doutrina especializada, sua classificação continua a ostentar elevado grau de indeterminação, pois utiliza termos com amplas possibilidades semânticas, os quais acabam por incidir no mesmo problema da generalidade que se busca afastar. Afinal, haveria algum parâmetro seguro para se estabelecer o que engloba a saúde preventiva? Exemplificativamente, poderia-se questionar se toda e qualquer vacina estaria incluída neste termo ou apenas a prevenção de doenças mais comuns? O mesmo ocorrendo com a realização de exames preventivos: todo e qualquer exame, ainda que moderno, caro, de tecnologia restrita e de confiabilidade parcial faria parte do mínimo existencial? Por outro lado, situações podem ser pensadas, em abstrato, que dificilmente poderiam ser afastadas do conceito de mínimo existencial, em razão de sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, e que não estão expressamente englobadas no conceito apresentado pela autora. É o caso do fornecimento de próteses, da saúde bucal, de alguns procedimentos estéticos e, mesmo, de transplantes.

Os problemas acima identificados mostram bem a complexidade de se desenvolver, em abstrato, uma lista definitiva de prestações que componham o mínimo existencial, vez que sujeita a excessos e omissões, bem como a uma necessária arbitrariedade por parte de seu autor, que elegerá prestações e critérios que julgar mais relevantes.

Da mesma forma, no âmbito jurisprudencial também há grande divergência acerca do conteúdo do mínimo existencial. De modo ilustrativo, limitar-se-á a realizar breve referência a algumas decisões que abordam explicitamente o tema em matéria de saúde, destacando que não se pôde identificar qualquer consenso, sequer dentro do mesmo Tribunal analisado. Diz-se explicitamente, pois grande parte das ações judiciais que envolvem prestações do Estado em matéria de saúde, em que pese lidarem com o mínimo existencial, sequer mencionam diretamente o tema.

O Superior Tribunal de Justiça em algumas oportunidades conferiu interpretação ampliativa ao mínimo existencial. Extraíndo-o da dignidade da

pessoa humana, afastou, com quase absolutismo, a possibilidade de incidência da reserva do possível sobre o mínimo existencial, o qual abarcaria, de forma ampla e irrestrita, um serviço de saúde de qualidade⁴⁶.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, além de posição no sentido da ilimitada extensão do mínimo existencial em matéria de saúde⁴⁷, identifica-se a existência de linha jurisprudencial divergente⁴⁸ que limita este mínimo, em matéria de saúde, à saúde básica, nos exatos termos defendidos por Ana Paula de Barcellos, citada parágrafos acima.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também apresenta decisões em sentidos diversos. De um lado, acórdãos que conferem ampla extensão ao conteúdo do mínimo existencial⁴⁹. De outro, identifica-se decisão que limita o conteúdo deste mínimo, afastando, no caso, o tratamento de fertilização⁵⁰.

Como se identifica, não há consenso, doutrinário e jurisprudencial, e as tentativas de definir listas fechadas de direitos e prestações acabam frustradas diante de divergências filosóficas e culturais⁵¹, problemas práticos e limitações materiais.

Diante da propalada complexidade da tarefa, não obstante se possa vislumbrar a utilidade de uma lista básica e universalmente aceita de direitos, cuja importância seja tamanha que não possa ser deixada à discricionariedade do legislador e do administrador público, nem dependa apenas da atividade interpretativa do juiz⁵², talvez o melhor seja aceitar que a definição do conteúdo

⁴⁶ A seguinte passagem do voto do Ministro Humberto Martins é representativa deste entendimento: “*Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade*” (Resp nº 1.041.197 – MS; AgRg no Resp nº 1.136.549 – RS, ambos com a relatoria do Rel. Min. Humberto Martins). Neste mesmo sentido: Resp nº 1149235, Rel. Hamilton Carvalhido. Acórdãos disponíveis em: www.stj.jus.br.

⁴⁷ Apelação nº 171076, Rel. Raldênio Bonifácio Costa. Acórdão disponível em www.trf2.jus.br.

⁴⁸ Agravos de instrumento nº 184777 e 178189, ambos da Relatoria do Des. Marcelo Pereira. Disponível em www.trf2.jus.br.

⁴⁹ Apelação nº 0002654-11.2007.8.19.0001, rel. Des. Sidney Hartung; Apelação nº 0007561-95.2006.8.19.0055, rel. Des. Teresa Castro Neves; Agravo Interno nos autos da Apelação cível nº 0348382-65.2008.8.19.0001, rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos; Apelação nº 2007.001.67120, rel. Des.ª Odete Knaack de Souza. Disponíveis em: www.tjrj.jus.br.

⁵⁰ Apelação nº 2008.001.07121, rel. Des. Fernando Foch Lemos. Disponível em: www.tjrj.jus.br.

⁵¹ Sobre a importância do respeito ao multiculturalismo, ver: SANTOS, Boaventura de Souza, *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, p. 429-461.

⁵² Caso do direito à alimentação e ao vestuário básicos, por exemplo. A saúde básica, em que pese tratar-se de pressuposto para uma vida digna e integrar, por isso, o mínimo existencial, suscita

específico do mínimo existencial apenas pode ser realizada em concreto, com razoabilidade, de acordo com variáveis espaciais e temporais, e mediante a utilização da técnica da ponderação de valores. Neste exato sentido se apresenta o posicionamento de Clémerson Merlin Cleve⁵³, Daniel Sarmento⁵⁴, Gustavo Amaral⁵⁵ e Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁵⁶.

Ao mesmo tempo em que o mínimo existencial, enquanto congregador de condições essenciais para uma vida digna, deve ser garantido inclusive pela atuação ativa do Judiciário, ele não pode servir como elemento de arbítrio e abusos do julgador, que deve ter a consciência da relatividade dos direitos e da coexistência de diversos princípios como o da separação de poderes, da proporcionalidade e legitimidade democrática das escolhas administrativas, bem como da real limitação de recursos financeiros.

Exatamente por confrontar com a última das considerações acima não pode ser aceita a posição, identificada em obras como a de Ricardo Lobo Torres⁵⁷, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo⁵⁸, assim como a de Daniel dos

enormes divergências no que se refere à especificação de seu conteúdo específico, de modo a ser extremamente complexa a tarefa de estabelecer, em abstrato, um rol de prestações devidas. A definição de listas básicas, e em abstrato, de prestações que integram o mínimo existencial, traria como principal efeito positivo o resgate da segurança jurídica e a contenção de excessos judiciais, tendo em vista a existência de padrões pré-definidos.

⁵³ O autor, após se referir à dificuldade em definir o conteúdo do mínimo existencial, afirma que o mesmo deverá ser definido “*por meio da disputabilidade processual*”, com o Judiciário decidindo a partir da ponderação “*dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo*”, uma vez que “*os direitos fundamentais não são absolutos*” (CLEVE, Clémerson Merlin, op. cit).

⁵⁴ “(...) a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada in abstracto, ignorando a condição específica do titular do direito” (SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 577).

⁵⁵ Este autor defende a aplicação de um modelo ponderativo para a definição da essencialidade da prestação (AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 103-125)

⁵⁶ “(...) a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 26).

⁵⁷ “A “reserva do possível” não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa” (TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, p. 105-106).

⁵⁸ “(...) embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional. As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é

Santos Rodrigues⁵⁹, segundo a qual haveria uma determinação *a priori* e em abstrato de que o princípio da reserva do possível não teria qualquer aplicabilidade frente ao mínimo existencial.

Na verdade, não se deve cair na armadilha argumentativa de simplesmente comparar, em abstrato, a força dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, uma vez que, diante da limitação de recursos disponíveis, isto é, da impossibilidade material de realização das próprias condições essenciais para uma vida digna, o conflito muitas vezes se estabelece entre o próprio direito ao mínimo existencial dos diversos indivíduos.

Conforme destaca Gustavo Amaral, diante do conflito normativo, o sopesamento deve se fazer presente em todo e qualquer caso. Para o autor, não é correto falar em qualquer viés ou tendência de decisão antes da análise do fato concreto, não admitindo a prevalência abstrata e absoluta sequer do mínimo existencial, que, entretanto, por sua importância e características, pressupõe razões de extremo relevo para seu afastamento⁶⁰, afinal, quanto mais essencial a prestação, mais excepcional devem ser as razões para seu não atendimento. Deve-se lembrar que, muitas vezes, em vista da escassez de recursos, a discussão acerca da implementação do mínimo existencial envolve o embate entre o direito a vida de diversos indivíduos e não somente entre a vida e princípios formais e orçamentários, os quais, em regra, são apontados como princípios de menor importância. Gustavo Amaral complementa sua bem fundamentada teoria propondo um resgate do orçamento público, além de maior rigor técnico e responsabilidade do Judiciário no exercício de sua tarefa constitucional, em

disso que no fundo se está a tratar” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 36).

⁵⁹ “*Poder-se-ia levantar a objeção da reserva do possível em face do mínimo existencial como direito individual. Todavia, o argumento não prospera, por algumas razões, a saber. Primeiro, deve-se compreender que a total ausência de recursos é algo realmente muito difícil de ocorrer na prática. Segundo, a objeção da reserva do possível quanto a um demandante individual parece ser pouco razoável. E terceiro, faz-se necessário olhar para a reserva do possível de acordo com as outras verbas do orçamento global, fazendo-se um juízo de prioridade sobre as prestações e programas estatais – e quando fala-se em atendimento do mínimo existencial, nada fica à frente, principalmente em situações que envolvam a vida ou a saúde de um indivíduo*” (RODRIGUES, Daniel dos Santos, op. cit.).

⁶⁰ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 117-120, 170-178.

especial, no controle da realização do direito à saúde, bem como o respeito às políticas públicas e à atividade legítima do legislador⁶¹.

Assim, como propugnado por Daniel Sarmento⁶², entende-se que nem sempre é possível, de modo imediato e igualitário, assegurar todas as condições para a vida digna à generalidade da população. Tal dificuldade é ainda mais evidente em países altamente desiguais e com considerável população de miseráveis, como o Brasil.

Se é certo, como bem destacado por Alexy, que quanto maior a crise social maior a necessidade de atenção aos direitos constitucionais mínimos, não se pode concordar com a posição do mesmo quando aduz a irrestringibilidade absoluta do mínimo existencial ou a consideração do mesmo como direito definitivo, em toda e qualquer hipótese⁶³.

Acredita-se que o mínimo existencial, assim como os demais direitos, deve ser analisado sob a ótica responsável da ponderação, da relativização e das possibilidades materiais e jurídicas, aqui tendo plena aplicação a reserva do possível. Infelizmente, boas intenções não criam recursos, indispensáveis para a implementação dos direitos, inclusive do oneroso mínimo existencial.

Os elevados custos financeiros de realização dos direitos fundamentais sociais mínimos não passaram despercebidos por Alexy, não obstante destacar que tal fator, isoladamente considerado, “*não justifica uma conclusão contrária à sua existência*”⁶⁴.

Apesar do elevado custo das prestações, em regra, não ser justificativa válida, por si só, para negar o direito a um mínimo existencial, a exaustão fática de recursos materiais (humanos e financeiros) não pode ser simplesmente ignorada como o excerto acima sugere. Nos casos de absoluta impossibilidade financeira do Estado, o direito *prima facie* ao mínimo existencial subsiste intacto.

⁶¹ Ibid., p. 170-183.

⁶² SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 578-579.

⁶³ Robert Alexy propõe um modelo de direitos fundamentais sociais baseado no sopesamento entre os princípios da liberdade fática, da separação de poderes, democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento), bem como os princípios materiais colidentes. A partir da análise ponderativa entre estes elementos, Alexy identifica os direitos definitivos e os direitos *prima facie*, sendo os últimos, sempre mais amplos do que os primeiros. Para o autor, no caso do direito a um mínimo existencial, o sopesamento sempre indicaria a existência de um direito definitivo, em que pese reconhecer os enormes efeitos financeiros decorrentes (ALEXY, Robert, op. cit., p. 511-519).

⁶⁴ Ibid., p. 512

Porém, após o sopesamento (ponderação), à luz do caso concreto, pode ser negado, não se configurando, na espécie, como direito definitivo. Limitações existem e devem ser seriamente observadas por todas as esferas e poderes estatais.

O que se pode concluir de tudo o que se afirmou é que, não obstante a relatividade das prestações que perfazem seu conteúdo, variáveis espacial e temporalmente, fato que traz enormes dificuldades para seu estudo em abstrato, o mínimo existencial constitui-se em tema de importância fulcral para a atividade ponderativa a ser realizada pelo poder público quando da implementação dos direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à saúde.

O mínimo existencial, ao estabelecer um núcleo de prestações e direitos dotados de maior importância teórica e prática, deve servir como elemento para a efetivação do direito à saúde, tanto no momento do desenvolvimento de políticas públicas, como em sua concretização administrativa e jurisdicional, sem descurar, é claro, de sua relatividade em função da coexistência de interesses diversos, bem como da limitação de recursos disponíveis.

Desta forma compreendido, o mínimo existencial pode contribuir para a redução da subjetividade e do voluntarismo na conformação do direito à saúde, dos excessos e abusos destacados neste trabalho, bem como garantir a mais ampla efetividade deste direito. Para a completa consecução deste último fim, deverá ser conjugado com o respeito às legítimas escolhas administrativas, orientadas pelo princípio do seguro prudente de Dworkin, bem como pela definitiva compreensão da relatividade dos direitos, decorrente de seus custos e da limitação de recursos disponíveis.

4.2

Respeito às escolhas administrativas legítimas: políticas públicas, custos dos direitos e seguro prudente

Não obstante sua importância, o mínimo existencial, enquanto conceito abstrato, não pode sozinho ser tido como a solução definitiva para o problema da adequada implementação dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde.

De acordo com as conclusões obtidas no item anterior, o mínimo existencial, para definição de sua extensão e amplitude, depende da análise de fatores e interesses reais, como os custos dos direitos, os recursos disponíveis,

assim como as legítimas escolhas sociais, os quais, mediante a adequada atividade de ponderação podem, em conjunto, revelar a estrutura constitucional viável do direito à saúde, mutável no tempo e no espaço.

Diante da ausência de padrões e prestações pré-definidas em saúde, o mesmo ocorrendo com o conteúdo específico do que se convencionou denominar de mínimo existencial, releva-se de extrema importância a atividade implementadora em concreto do administrador público, o qual recebeu do constituinte a tarefa de, mediante políticas públicas, definir o devido e o viável, sob a perspectiva de que não é apenas o direito à saúde que deve ser concretizado e de que mesmo este importante direito abrange muito mais do que a saúde curativa ou o fornecimento de medicamentos.

À evidência, o administrador público não é completamente livre para realizar sua tarefa devendo estrita obediência às diretrizes constitucionais. Entretanto, mesmo com esta importante limitação, resta uma considerável margem de escolha, uma vez que diante do ambiente de inerente escassez de recursos frente a necessidades crescentes, escolhas trágicas devem ser realizadas pelos legitimados constitucionais, isto é, pelos administradores públicos⁶⁵. Tal cenário mostra-se ainda mais evidente frente à saúde curativa que apresenta custos cada vez mais elevados em razão da incorporação de novas tecnologias, conjugado com o aumento da expectativa de vida da população.

Infelizmente, não há recursos suficientes para fornecer gratuitamente à generalidade da população o que há de mais moderno no mercado da saúde curativa, sob pena de completo prejuízo a outras áreas ou necessidades humanas de igual importância. Deve-se lembrar que o ser humano não se realiza apenas com a mera existência física. A própria saúde não se resume ao acesso a medicamentos, sendo garantida por diversos aspectos que envolvem o bem estar físico e intelectual do ser humano, como a alimentação, vestuário, habitação,

⁶⁵ A necessidade de realização de escolhas trágicas na área da saúde pública não é uma mazela exclusiva do país, ou mesmo, de países não desenvolvidos. Ronald Dworkin retrata bem a existência deste problema nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. Especificamente acerca deste último país, vale transcrever interessante relato:

“Na Inglaterra, por exemplo, os médicos do sistema nacional de saúde são obrigados a distribuir recursos escassos como máquinas de diálise renal e órgãos para transplante, e têm elaborado diretivas informais que contemplam a idade, o estado geral de saúde, a qualidade de vida e as perspectivas dos possíveis pacientes, bem como as perspectivas de cuidados adequados proporcionados pela família ou pelos amigos” (DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana*, p. 447)

higiene, salário, ambiente social e natural adequados, além da prática de exercícios físicos, atividades culturais, segurança, entre outros fatores⁶⁶.

Diante de um ambiente de inerente e inafastável escassez frente às inúmeras pretensões humanas, vale destacar dois elementos de extrema importância na realização das escolhas alocativas, os quais se encontram intimamente correlacionados: a consideração dos custos dos direitos⁶⁷, bem como a necessária isonomia no tratamento da população pelo Estado. Ambos serão apreciados a seguir.

Considerando o caráter não absoluto dos direitos e a escassez de recursos humanos e materiais, Flávio Galdino⁶⁸ e Gustavo Amaral⁶⁹ criticam aqueles que acham que o “direito nasce em árvores”, principalmente, decisões judiciais que ignoram ou afastam expressamente este dado fático.

Ambos, ainda que sob fundamentos e argumentos diversos, pugnam por maior responsabilidade na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, destacando sempre o caráter trágico (excludente) das escolhas alocativas, que em razão de suas características e exigências técnicas caberiam melhor no círculo de atividades do administrador público. Apresentam o entendimento em comum de que os custos na efetivação dos direitos fundamentais são relevantes, sejam direitos tradicionalmente caracterizados como negativos (direitos civis, políticos ou de liberdade) ou positivos (direitos sociais, culturais e econômicos), uma vez que, para sua efetivação, o Estado deve ostentar ao menos uma estrutura fiscalizatória mínima⁷⁰. Assim, chamam a atenção para a necessidade das escolhas administrativas (e decisões judiciais) terem em grande medida os custos da efetivação de todos os direitos fundamentais, tarefa a ser melhor efetivada pelas

⁶⁶ De acordo com a definição estabelecida no preâmbulo da Constituição da OMS, saúde seria “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade” (OMS, 1946).

⁶⁷ Acerca da análise dos custos dos direitos, três obras merecem especial consideração: a multicidada obra americana de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, op. cit.; e, no âmbito nacional, as obras de GALDINO, Flávio, op. cit. e AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez e Escolha*.

⁶⁸ GALDINO, Flávio, op. cit.

⁶⁹ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez e Escolha*.

⁷⁰ Entretanto, deve-se deixar assentado que Gustavo Amaral defende a existência de direitos “*eminente*mente negativos”, os quais não demandariam qualquer conduta estatal para sua implementação (AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez e Escolha*, p. 44-46), no que é expressamente criticado por Flávio Galdino (GALDINO, Flávio, op. cit., p. 222-223).

instâncias democráticas de representação política e sob uma perspectiva generalista e não individual, como sói acontecer com as lides judiciais.

Durante largo período histórico se aceitou, como uma espécie de verdade irrefutável, que teríamos, basicamente, duas categorias de direitos fundamentais: os positivos e os negativos⁷¹. Os primeiros difeririam dos segundos em razão de exigirem prestações materiais do Estado para sua efetiva implementação, gerando, portanto, custos para o Erário; já os segundos, exigiriam apenas a omissão estatal, o não atuar na esfera jurídica individual.

Completaria esta forma de ver a questão o fato de os direitos negativos terem íntima relação com os chamados direitos de primeira geração, isto é, com os direitos civis, políticos e de liberdade, enquanto os positivos corresponderiam à segunda geração de direitos fundamentais, isto é, basicamente aos direitos sociais.

Uma importante consequência da construção acima exposta seria a defesa e aceitação acrítica da tese de que os direitos civis, políticos e de liberdade seriam de mais fácil implementação do que os sociais, haja vista a ausência de custos dos primeiros. Em outros termos, aqueles direitos intimamente ligados aos ideais liberais não teriam qualquer justificativa contra sua implementação, senão a simples vontade (ou má-vontade) do Estado ou governante.

Por outro lado, os direitos sociais, porque custosos, deveriam ser implementados na medida das possibilidades materiais do Estado. E, diante de um ambiente em que as necessidades são ilimitadas e os recursos limitados, os direitos sociais sempre foram relegados a um segundo plano.

Sob a aparência de neutralidade e naturalidade inseridas na forma de pensar acima, Flávio Galdino⁷² e Ana Carolina Lopes Olsen⁷³ detectam a presença de uma escolha política insidiosa (ou oculta) das mais importantes. A suposta inexistência de custos de implementação dos chamados direitos negativos, fundamento da tese acima exposta, não passaria de uma falácia construída num ambiente de prevalência de conceitos liberais, onde a liberdade de iniciativa prevaleceria sobre o solidarismo.

⁷¹ Evitando repetições desnecessárias, vide o que se tratou acerca do tema no item 2.2 desta dissertação.

⁷² Flávio Galdino detecta a influência da ideologia liberal-individualista na forma tradicional de entender a questão dos custos dos direitos (GALDINO, Flávio, op. cit., p. 215-218)

⁷³ Ana Carolina Lopes Olsen fala em um desnudamento da cientificidade desta forma de pensar, revelando seu “*real caráter ideológico*” (OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 186).

Na esteira das idéias bem desenvolvidas por Cass Sunstein e Stephen Holmes⁷⁴, em sua já clássica obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, diversos autores⁷⁵ passaram a defender uma nova forma de pensar a relação entre positividade e negatividade dos direitos, uma forma que ajuda revelar os verdadeiros interesses políticos envolvidos.

Estes autores se filiam à tese de que todos os direitos exigem recursos financeiros do Estado para sua implementação e manutenção. Todos os direitos têm custos ou, em outros termos, são positivos⁷⁶ ou, ao menos, são multifuncionais, isto é, ao lado dos aspectos negativos coexistem aspectos positivos. Baseiam tal afirmação no fato de que mesmo os direitos tidos tradicionalmente por negativos exigem, ao menos, um aparato burocrático e custoso do Estado para seu asseguramento e restauração em caso de lesão.

Um bom exemplo é o direito de propriedade. Enquadrado tradicionalmente como direito de primeira geração e negativo, portanto, supostamente ostentando inexistência de custos, na verdade exige enorme e custoso aparato estatal para sua manutenção, concorrendo diretamente com outros direitos fundamentais. Policiais, bombeiros, burocratas, juízes e servidores públicos são postos, diuturnamente, à disposição da proteção e asseguramento da propriedade privada, gastando-se bilhões dos cofres públicos nesta tarefa⁷⁷.

A partir desta constatação pode-se visualizar um confronto ostensivo na implementação/proteção dos direitos individuais e os direitos sociais, uma vez que

⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, op. cit.

⁷⁵ De modo exemplificativo, além dos autores citados acima (Flávio Galdino e Ana Carolina Lopes Olsen), identifica-se referida posição em obras de Cristina Queiroz (QUEIROZ, Cristina, op. cit., p. 188), Mariana Filchtiner Figueiredo (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 134-143), Álvaro Ricardo de Souza Cruz (SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de, *Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito*, p. 95) e Enzo Bello (BELLO, Enzo, *Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social*, p. 182).

⁷⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, op. cit., p. 48.

⁷⁷ Holmes e Sunstein valem-se justamente do direito de propriedade para a demonstração empírica de sua tese quanto à existência de custos generalizados. Assim, dedicam o terceiro capítulo (*No property without taxation*) de sua famosa obra para demonstrar como este típico direito liberal e “negativo” apenas pode existir a partir de prestações estatais positivas. Valendo-se de dados concretos, extraídos do orçamento americano, os autores demonstram que o direito de propriedade exige elevada soma de recursos financeiros públicos para seu asseguramento. Entre os inúmeros exemplos citados pelos mesmos, interessante destacar alguns: em 1996 foram gastos US\$285 bilhões de dólares com militares e veteranos, cuja existência em grande parte se justifica pela manutenção do direito de propriedade dos americanos; no mesmo ano, gastou-se quase US\$10 bilhões de dólares em subsídios agrícolas, visando aumentar o valor das propriedades privadas dos agricultores; em 1992, foram gastos algo em torno de US\$73 bilhões de dólares com o sistema de segurança pública. (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, op. cit., p. 59-76).

os gastos com aqueles concorrem com os destinados aos últimos, considerando-se o ambiente de recursos escassos.

Sobre esta conclusão específica, vale transcrever breve passagem da obra de Holmes e Sunstein:

The argument that poor nations can afford the first generation but not the second generation of rights is not wholly misdirect, but, as stated, it is far too simple. If first-generation rights are taken seriously, and if they turn out to be quite expensive, truly poor nations cannot afford them either. (...) All rights are open-ended for the simple reason that rights have costs and hence can never be perfectly or completely protected. All rights are aspirational.⁷⁸

Da mesma forma se posiciona Flávio Galdino:

Em conclusão, demonstrando que todo direito possui um custo, a opção pela sua efetivação independe de sua caracterização como direito individual, direito de defesa ou direito social. Isto é, o modelo de classificação que separa direitos positivos e negativos apresenta escassa ou nenhuma utilidade prática.⁷⁹

Embora os custos certamente não sejam o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados na discussão acerca dos direitos fundamentais, nem servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável.⁸⁰

Ao realizar um pleito eleitoral, implementando os direitos políticos dos cidadãos, gasta-se soma considerável de dinheiro público. Ao assoberbar o Judiciário com demandas possessórias ou petições prejudica-se a defesa de direitos sociais, cujas características muitas vezes exigem urgência, sob pena de prejuízos insuperáveis. Ao aumentar o aparato repressivo e policial para a contenção de crimes patrimoniais faz-se a opção implícita por destinar menos verbas para educação ou saúde. Tudo envolve escolhas⁸¹ e confronto, sendo equivocada a idéia de que os tradicionais direitos “negativos” sempre podem ser

⁷⁸ Tradução livre: “O argumento de que as nações pobres podem assegurar a primeira geração de direitos, mas não os de segunda geração, não é totalmente equivocado, mas, como declarado, é muito singelo. Se os direitos de primeira geração são levados a sério, e se eles acabam por ser muito caros, as nações verdadeiramente pobres não podem pagar por eles também. (...) Todos os direitos são abertos pela simples razão de que os direitos têm custos e, portanto, nunca podem ser perfeitamente ou completamente protegidos. Todos os direitos são aspiracionais” (Ibid., p. 119-120).

⁷⁹ GALDINO, Flávio, op. cit., p. 229.

⁸⁰ Ibid., p. 230-231.

⁸¹ Muitas vezes *trágicas*, na expressão consagrada por Guido Calabresi e Philip Bobbitt (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip, op. cit.).

implementados, ou pior, devem sê-lo com precedência absoluta sobre os chamados direitos positivos.

Nos termos defendidos pelos autores mencionados acima, a tradicional divisão de direitos fundamentais em positivos e negativos, baseada na existência ou inexistência de custos de implementação para o Erário, não encontra correspondência na realidade. O que se identifica é uma arguta tentativa de ocultar uma opção política em favor de valores liberais em detrimento dos direitos sociais.

Novamente invocamos a lição de Flávio Galdino, que identificando razões ideológicas no atual modelo de classificação dos direitos fundamentais, assim discorre:

Todos esses organismos estatais são criados e mantidos com recursos públicos. É assim desde sempre, só que, como já se disse, estamos muito acostumados a ver as coisas de modo diferente, *in casu*, como se a propriedade não demandasse qualquer prestação pública para ser exercida. Estamos muito acostumados porque assim fomos ideologicamente formados.⁸²

Todos os direitos têm custos financeiros, em que pese serem quase sempre destacados apenas aqueles gerados na realização de prestações materiais positivas. Exatamente por terem custos, muitas vezes elevados, faz-se necessária a análise da compatibilidade entre o que se quer/deve oferecer em termos de direitos e o que pode ser oferecido, levando-se em conta as restrições financeiras e materiais, as quais atingem todas as áreas, inclusive o direito à saúde.

Justamente como propugnado por Holmes e Sunstein é preciso levar à sério a escassez de recursos públicos⁸³, realizando escolhas alocativas abrangentes, isto é, que tomem em profunda consideração os princípios constitucionais e o que a sociedade pode/deve gastar com direitos individuais, políticos e sociais. De forma alguma faz-se apologia a uma interpretação puramente econômica do direito, mas o fato é que não se pode ignorar por completo tal fator⁸⁴.

Sendo a escassez um fato, assim como a disputa por recursos entre os diversos direitos possíveis, ganha relevo a atividade de definição das políticas públicas e de escolha das prestações estatais devidas, as quais devem ser

⁸²GALDINO, Flávio, op. cit., p. 230.

⁸³HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, op. cit., p. 94.

⁸⁴Ibid., p.98.

realizadas na forma e por aqueles definidos constitucionalmente, observando sempre o princípio da isonomia entre os indivíduos⁸⁵.

A isonomia traz ínsita a idéia de proibição de privilégios e discriminações entre os cidadãos, que merecem receber do Estado as mesmas possibilidades, tudo isso em busca da realização da igualdade material. É com o pensamento acima que os responsáveis pelas escolhas alocativas devem atuar no caso concreto. Não por capricho, inspirações axiológicas ou adesão a determinada ideologia, mas por imposição constitucional, formatada através do princípio da igualdade.

Conforme exposto por Paulo Gilberto Cogo Leivas, os “recursos escassos exigem a observância de um tratamento igualitário. Do contrário, direitos fundamentais sociais de outras pessoas poderiam ser violados”⁸⁶. Luiz Octávio Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira também defendem a necessidade de observância da equidade nas prestações estatais em saúde, princípio que não pode ser ignorado sequer pelo Judiciário⁸⁷. Vale citar, ainda, Gustavo Amaral, para quem “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”⁸⁸. Por fim, Luiz Manoel Gomes Junior, referindo-se especificamente acerca da igualdade no acesso à saúde, expõe:

Segundo a dicção da Lei Maior, em uma leitura sistêmica do art. 196, ao assegurar a todos o direito à saúde e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, resta claro que a assistência do Estado só pode ser efetivada de forma 'universal e igualitária', assegurando a todos a concretização possível da garantia, sem distinções e sem desigualdades no tratamento, no benefício ou mesmo na restrição que a ordem econômica impõe⁸⁹.

Assim, como o administrador público e o legislador, o magistrado ao atuar deve ter a plena consciência da existência de limitações financeiras, da necessidade de realização de escolhas trágicas e de observância ao princípio da isonomia.

⁸⁵ Acerca da isonomia, conferir o que foi dito no item 3.2.4 desta dissertação.

⁸⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 106.

⁸⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit., p. 239-245.

⁸⁸ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 18.

⁸⁹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, *Saúde – Tratamento médico – limites para a exigência de custeio pelo poder público – abuso de direito – inadmissibilidade*.

O magistrado precisa ter a percepção de que quando defere uma liminar, determinando que o poder público arque com tratamento de altíssimo custo ou forneça novo medicamento, ambos ainda não integrados aos protocolos clínicos do SUS, estará alterando a alocação de recursos em prol daquele único cidadão, o que, na maioria das vezes, se dará em prejuízo da coletividade, que será alijada de verbas que deveriam ser distribuídas com observância da igualdade.

Justamente em razão das peculiaridades e enormes dificuldades presentes na realização das escolhas alocativas, somadas à opção constituinte, é que diversos autores defendem uma atuação mais restrita e apurada do Judiciário na matéria, deixando ao Executivo e Legislativo a tarefa de realização das escolhas políticas⁹⁰.

Holmes e Sunstein questionam, em diversas passagens de sua famosa obra conjunta, a viabilidade de realização de escolhas alocativas adequadas por parte dos magistrados. Para os autores, os juízes não estariam tecnicamente preparados para realizá-las de modo eficiente, faltando-lhes treinamento e fontes de informações adequados⁹¹. Além disso, questionam a moralidade e o caráter democrático das escolhas judiciais que, sem tomar em séria consideração as alternativas possíveis de gastos dos escassos recursos públicos e sem supervisão coletiva, alteram a alocação de recursos destinada a direitos de extrema importância, como a educação e a saúde públicas⁹².

Em que pese os autores acima limitarem sua pesquisa aos Estados Unidos, a quase totalidade de suas considerações acerca dos custos dos direitos, escassez de recursos públicos e necessidade de maior respeito às complexas e trágicas escolhas alocativas realizadas têm plena aplicabilidade no âmbito nacional. Tal consideração ganha ainda maior relevo diante da situação de extrema discussão prática e doutrinária que envolve a efetivação do direito à saúde por parte do Judiciário no país, cujos problemas e críticas principais foram retratados nos capítulos antecedentes.

⁹⁰ As razões para esta postura já foram abordadas em diversos momentos da presente dissertação, abrangendo, dentre outras, justificativas atreladas aos princípios da separação de poderes e democrático (item 3.2.1.), isonomia e dificuldades de acesso (item 3.2.4), maior preparo técnico de Executivo e Legislativo, desorganização da administração, assim como dificuldade do Judiciário em realizar a macrojustiça (item 3.2.5).

⁹¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, op. cit., p. 94-95.

⁹² Ibid., p. 224-225.

A discussão acerca da legitimidade de intervenção do Judiciário na implementação do direito à saúde, com a determinação de prestações concretas, envolve, como se viu, inúmeros fatores, cuja complexidade afasta respostas prontas, baseadas em análises restritas. Enquanto o grau possível e recomendável de atuação jurisdicional permanece em acesa discussão, menor polêmica envolve a questão da primazia dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração de políticas públicas, amplamente consideradas. Referida conclusão, embora aparentemente singela, possui enorme importância na resolução da questão que envolve a “judicialização da saúde”, sobretudo quando se considera que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, ao traçar as linhas gerais do direito à saúde no Brasil, dispõe ser a saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas e econômicas.

Portanto, considera-se que tudo o que se vier a discutir acerca do tema tratado deve adotar, como premissa do raciocínio, a propalada primazia dos Poderes Executivo e Legislativo, exigindo do Judiciário maior esforço e preocupação argumentativos e probatórios ao prolatar decisões que alterem ou desconsiderem a política pública implementada, sob pena de atuação inconstitucional.

Gustavo Amaral, sobre a legitimidade e o caráter preferencial das escolhas políticas do Executivo e Legislativo, assim se manifesta:

Para a correta compreensão dessas pretensões positivas, deve o intérprete pressupor a limitação de recursos para atender a todos e, assim, deve pressupor a existência de legitimidade de decisões alocativas pelo Estado, de primeira e segunda ordem, com vistas à concretização dessas normas.⁹³

(...)

Os atores principais das decisões alocativas são o Executivo e o Legislativo. Não se quer com isso dizer que não haja papel para o Judiciário, que tudo dependa de políticas públicas, como advogam aqueles que ainda se pautam pela dicotomia entre direitos de liberdade, de feições negativas, e direitos sociais, de feições positivas.⁹⁴

(...)

O direito à saúde se afirma preferencialmente por políticas públicas e como tal deve ser controlado.⁹⁵

⁹³ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 109.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 114-115.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 183.

Ana Paula de Barcellos dispõe no mesmo sentido:

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 controle⁹⁶.

Finalmente, a mesma percepção do fenômeno jurídico é ostentada pelos professores Diogo R. Coutinho e Octávio Luiz Motta Ferraz, em artigo conjunto:

Não estamos sustentando, queremos deixar claro, que juízes não possam (e devam) exercer algum tipo de controle sobre essas políticas públicas. Mas a pressuposição deve ser a de que o legislador e o administrador público são, em princípio, mais legitimados e capacitados para pensá-las e articulá-las. Partimos da premissa de que o controle judicial de políticas públicas é, em regra, insuficiente para provocar mudanças sociais amplas e, quando mal calibrado, pode causar mais danos que benefícios na busca da realização do princípio constitucional da Justiça social.⁹⁷

Existem diversas maneiras de cumprir a obrigação constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana e à vida, cabendo aos legitimados constitucionais (legisladores e administradores públicos) a tarefa de definir, com primazia, sua forma de realização⁹⁸.

Não se pode confundir a afirmação acima com qualquer espécie de apologia ao retorno do passivismo judicial outrora imperante. É preciso, porém, uma reafirmação das verdadeiras funções constitucionais judiciais.

O administrador público e o legislador não são livres na definição de políticas públicas, uma vez que estão vinculados à busca da realização, no maior

⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula, *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata*, p. 822.

⁹⁷ COUTINHO, Diogo R.; FERRAZ, Octávio Luiz Motta, *Direitos sociais e o ativismo judicial*, p. 2.

⁹⁸ Exemplificativamente, para a efetivação do direito à moradia pode-se optar por construir casas populares, fornecer subsídios, isentar os impostos incidentes sobre material de construção, construir abrigos; no caso do direito à saúde, pode-se privilegiar a atenção primária ou secundária, a saúde preventiva ou curativa, a concentração do atendimento especializado em centros de excelência ou a interiorização do serviço, a elaboração de listas fechadas de medicamentos fornecidos pelo SUS ou listas meramente indicativas, a atenção hospitalar ou domiciliar, a disponibilização de novos leitos de UTI ou a construção de nova maternidade. Não se pode esquecer ainda que, em face da escassez de recursos, muitas vezes as opções envolvem direitos diversos, como a opção entre a construção de uma clínica de saúde e uma escola primária, a pavimentação de uma rua e a disponibilização de iluminação pública, a contratação de servidores públicos e a construção de novo presídio. Estes são apenas alguns exemplos, entre tantos outros, que envolvem opções políticas, igualmente legítimas, e que são melhor realizadas a partir da análise de dados técnicos amplos.

nível possível, dos princípios e regras constitucionais. Cabe ao Judiciário, quando provocado, realizar o controle da proporcionalidade e da regularidade desta atuação, que será tanto mais amplo quando constatada a completa inexistência da política pública constitucionalmente esperada⁹⁹.

Acerca desta forma de atuar judicial é a colocação de Eduardo Appio:

(...) os juízes brasileiros têm um importante papel a desempenhar, qual seja, o de fazer com que as políticas públicas já aprovadas pelo Congresso sejam fielmente executadas, garantindo o acesso de todos os cidadãos brasileiros, ricos ou pobres, ao sistema público de saúde, em igualdade de condições.¹⁰⁰

No mesmo sentido, destacado exatamente a necessidade de maior respeito do Judiciário às escolhas administrativas legítimas, diversos outros doutrinadores se pronunciam, valendo citar, exemplificativamente, Carlos Bernal Pulido¹⁰¹,

⁹⁹ O aqui afirmado remete a exemplo já invocado no item 3.3 desta dissertação, qual seja, a existência de legislação específica para tratamento da diabetes (Lei nº 11.347/2006, Portaria MS nº 2.583 de 10 de outubro de 2007 e Portaria GM 3.237 de 24 de dezembro de 2007). A efetiva existência da política pública indica que a administração pública não está omissa, tendo exercido, legitimamente, a escolha alocativa necessária. Ao Judiciário, nesta hipótese, restaria o controle da aplicação regular da política pública e de sua adequação, através de um juízo de proporcionalidade, que levasse em consideração os diversos fatores envolvidos, em especial, a escassez de recursos e a observância da isonomia entre os cidadãos, evitando conceder prestações que não possam ser estendidas aos outros indivíduos na mesma situação fática.

Mais ampla seria a liberdade de ação do Judiciário diante da constatação de omissão legislativa inconstitucional. Neste caso, constatada a total ausência de política pública específica, poderia o Judiciário, através dos instrumentos constitucionais e processuais próprios, determinar prestações estatais necessárias, desde que com a observância de parâmetros razoáveis.

Entende-se que a definição destes parâmetros é a principal questão a ser debatida e fixada pela doutrina, passando a solução, necessariamente, pela adequada utilização do mínimo existencial. O próprio Judiciário começa a demonstrar preocupação com este tema, a exemplo do que se observa através da Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, originada do Conselho Nacional de Justiça (disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf). Na doutrina, alguns autores chegam a sugerir parâmetros para a atuação judicial em matéria de saúde; exemplificativamente: BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 897-902, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 534-546, GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit. e OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos, *Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do poder judiciário*.

¹⁰⁰ APPIO, Eduardo, *As políticas públicas de saúde no Brasil e o papel do Poder Judiciário*.

¹⁰¹ PULIDO, Carlos Bernal, *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a "existem direitos sociais?" de Fernando Atria*, p.172.

Paulo Gilberto Cogo Leivas¹⁰², Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁰³, Daniel Sarmiento¹⁰⁴ e Silvia Faber Torres¹⁰⁵.

À evidência, mesmo nas hipóteses nas quais sua atuação se faça constitucionalmente autorizada, ao Judiciário cabe a devida consideração de importantes parâmetros constitucionais e fáticos, como a isonomia, a proporcionalidade, o mínimo existencial, a limitação de recursos, as escolhas alocativas democraticamente realizadas e a necessidade de garantir a generalidade e isonomia das prestações, tudo isso desenvolvido através da técnica de decisão da ponderação de valores¹⁰⁶.

Outro interessante critério orientador das necessárias escolhas alocativas pode ser identificado no que Dworkin denominou de princípio do seguro prudente. A definição de parâmetros mais seguros e racionais de atuação judicial na concretização do direito à saúde, desde que respeitada sua fundamentalidade, vai ao encontro da relatividade inerente a todo e qualquer direito, agasalhando a aplicação do princípio do seguro prudente em contraposição ao princípio do resgate, fundamentador de posições absolutistas em matéria de saúde pública¹⁰⁷.

¹⁰² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p 106.

¹⁰³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 541-542.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 580-583.

¹⁰⁵ TORRES, Silvia Faber, op. cit., p. 786-790.

¹⁰⁶ Nem o fato de tratar-se de lide individual autoriza o magistrado a mitigar a utilização deste procedimento recomendável, pois o agrupamento de diversas demandas desta espécie é capaz de gerar problemas e gastos iguais ou superiores a ações coletivas. Passagem da obra de Gustavo Amaral é ilustrativa:

“Mesmo que não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade da adoção de critérios de escolha, alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas (...).

Diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocando apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados’. Fica claro, portanto, que a escassez é inexorável, mesmo no que tange à saúde”. (AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 80-81).

¹⁰⁷ Para o conhecimento dos princípios referidos por Dworkin, vide o que se afirmou no item 2.2 desta dissertação.

O princípio do resgate, segundo Dworkin¹⁰⁸, determina que se deve gastar tudo o que for necessário para a promoção e recuperação da saúde do indivíduo não importando os custos envolvidos, uma vez que a saúde, constituindo-se no bem jurídico mais importante da sociedade, não pode sofrer limitações. Este princípio, identificado em diversas decisões judiciais envolvendo a efetivação da saúde no Brasil¹⁰⁹, apresenta ampla aceitação e defesa pela classe médica, que nos termos de sua ética específica requer que estes profissionais realizem qualquer ação necessária, não importando o custo, da qual se espere resultar ajuda ao paciente.

Gustavo Amaral, ao discorrer acerca da escassez e aumento de custos em matéria de saúde pública, destaca esta postura dos profissionais médicos, que no Brasil pode ser identificada no próprio Código de Ética Médica¹¹⁰.

Confirmando a prevalência do princípio do resgate no âmbito da classe médica, Ronald Dworkin menciona interessante pesquisa realizada com 1.400 (mil e quatrocentos) médicos e enfermeiros de cinco grandes hospitais norte-americanos: 70% (setenta por cento) dos médicos residentes entrevistados

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p. 434-435.

¹⁰⁹ Neste sentido se manifestam Eduardo Apio (APIO, Eduardo, *A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil*) e Fátima Vieira Henriques (HENRIQUES, Fátima Vieira, *Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional*, p. 827-828). Para uma confirmação do que se diz, vide exemplos jurisprudenciais coligidos no item 3.3 desta dissertação.

¹¹⁰ O autor faz referências aos artigos 6º, 8º e 16 do Código de Ética Médica então vigente (AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 73-80). Ocorre que, recentemente, entrou em vigor novo Código Ético profissional (aprovado pela Resolução CFM nº1931/2009 de 17 de setembro de 2009).

Não obstante as alterações formuladas, a característica básica outrora identificada pelo autor, qual seja, a inspiração no princípio do resgate, continua presente, a exemplo do que se extrai dos itens II (*O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional*), VI (*O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade*), VII (*O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente*) e VIII (*O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho*) do Capítulo I, item II (*É direito do médico: Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitadas a legislação vigente*) do Capítulo II e artigo 32 (*É vedado ao médico: Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente*) do Capítulo V.

responderam tratar de modo excessivo os pacientes terminais, contrariando sua própria consciência e o que sabiam ser o interesse e desejos de tais pacientes¹¹¹.

Conclui-se, portanto, que a própria formação da classe médica impõe a necessidade da existência de um contraponto quando da conformação da saúde pública, sob pena de absolutização da mesma, com prejuízo à existência de políticas públicas viáveis e que contemplem o atendimento mais amplo possível das diversas necessidades humanas.

Justamente em consideração à relatividade de todos os direitos, incluindo a saúde, e descartando a viabilidade do princípio do resgate, Dworkin, como forma de contribuir para a elaboração de novo plano de saúde norte-americano, apresenta o princípio do seguro prudente, o qual funcionaria como um elemento orientador das difíceis e necessárias decisões alocativas, apresentando-se como um ideal de justiça mais satisfatório do que o “dar tudo a todos”, próprio do princípio do resgate. Segundo o ideal proposto: “*a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos*”¹¹².

O princípio do seguro prudente busca maior equilíbrio entre as diversas necessidades humanas, que em face da escassez de recursos devem tomar em séria consideração as prováveis escolhas sociais na definição dos gastos estatais em saúde pública.

Conforme exposto pelo autor:

O princípio do resgate insiste que a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida. O princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos: presume que as pessoas talvez pensem que levam uma vida melhor quando investem menos em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem-sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos, que também possam arruinar sua vida.¹¹³

Dworkin reconhece que quase todas as pessoas gostariam de meses adicionais de vida, porém aduz que a maioria dos indivíduos prudentes não trocaria este período adicional por sacrifícios extremos à sua qualidade de vida

¹¹¹ DWORKIN, Ronald, *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 257.

¹¹² Id., *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p. 440.

¹¹³ Ibid., p. 446.

durante toda a juventude. Segundo seu raciocínio, em regra, as pessoas preferem aproveitar mais e melhor períodos da vida em que gozam de boa saúde do que se garantir contra eventos futuros, incertos e improváveis ou, ainda, dias adicionais de vida em seus momentos terminais, muitas vezes com a consciência reduzida e sem condições físicas para aproveitá-los¹¹⁴.

À evidência, isto não quer dizer que os indivíduos prudentes não pensem em seu futuro. Na verdade, haveria um sopesamento entre necessidades presentes e futuras, na qual esta maioria abstrata de indivíduos pouparia o suficiente para que o seguro saúde garantisse os tratamentos necessários para garantir seu conforto e os afastasse da dor o máximo possível. Optar-se-ia, por exemplo, por investir os rendimentos em uma melhor alimentação e moradia atuais, em detrimento de guardar recursos para a aquisição de medicamentos de elevadíssimo custo, úteis apenas diante de eventual e incerta doença e que garantissem poucos dias a mais de vida, sem qualquer perspectiva de cura.

Ao propor a adoção do princípio do seguro prudente, numa clara concessão ao caráter relativo do direito fundamental à saúde, Dworkin conclui:

Se substituíssemos o princípio do resgate pela abordagem do seguro prudente como nosso ideal de justiça abstrata na assistência médica, aceitaríamos, portanto, certos limites na cobertura universal, e não os aceitaríamos como transigências da justiça, mas como exigidos por ela.¹¹⁵

Pela mesma razão de ser esperada e aceitável tal postura por parte de indivíduos prudentes, Dworkin defende que o Estado também pode basear seu planejamento em saúde pública neste princípio. Ao realizar escolhas alocativas trágicas em saúde, o Estado poderia utilizar como parâmetro as opções que supostamente o homem prudente e comum adotaria, considerando sempre a existência de uma multiplicidade de interesses e a escassez de recursos. Tais decisões estatais seriam tanto mais adequadas quanto mais representativo e diversificado fosse o órgão responsável por tomá-las, devendo as mesmas estarem sujeitas à revisão constante, “*com base em outros indícios fornecidos pela preferência pública, bem como pela tecnologia e pela experiência médica*”¹¹⁶.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p. 442-443.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 444.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 447-448.

Não se pode deixar de referenciar a evidente relação entre o que Dworkin denomina de princípio do seguro prudente com o já estudado mínimo existencial em matéria de saúde pública. Sem dúvida, o primeiro seria uma das formas possíveis de especificar o segundo, identificando as prestações que a sociedade, naquele momento e local, entendesse como imprescindíveis para a sobrevivência digna.

Se é certo que inexistem respostas prontas para os problemas da concretização e judicialização da saúde pública no país, apresentando-se como questões de extrema complexidade e de permanente evolução, fato é que, embora não exaustivos, os diversos elementos tratados neste capítulo, quais sejam, o mínimo existencial, o princípio do seguro prudente, a escassez de recursos, a multiplicidade de interesses, a consideração dos custos dos direitos e o necessário respeito à isonomia e às políticas públicas legítimas, podem, em conjunto, desde que devida e responsabilmente trabalhados, contribuir para o desenvolvimento de uma solução adequada acerca da aplicabilidade do direito à saúde, ajudando a superar o verdadeiro caos no qual se encontra sua concretização no país.

Somente através do trabalho diligente, com o estabelecimento de padrões viáveis de atuação, poder-se-á coarctar o que se identificou como abusos e excessos por parte do Judiciário nacional na concretização do direito à saúde. Por outro lado, dada a fundamentalidade do direito, deve-se sempre direcionar esta interpretação para a máxima efetividade viável, evitando o retorno a tempos nos quais a saúde pública não passava de mera caridade ou questão de sorte. Nem tudo, nem nada; devem-se evitar os extremos, conforme bem exposto por Daniel Sarmento:

Utilizando a imagem plena de significado, em tema de direitos a serviços, é necessário postular o retorno do pêndulo. Da absoluta inexistência de tutela, em um movimento compreensível (até previsível), transitou-se à esfera do irresponsável. A promessa incondicionada de todos os direitos, muitos deles impossíveis de serem satisfeitos, não parece ser a melhor saída para um país em desenvolvimento como o Brasil. Sendo efetivamente utópico o equilíbrio estável da perfeição, ainda assim se faz mister retornar a um nível equilibrado de tutela, sem o que o próprio sistema de prestação de serviços públicos ditos essenciais pode restar seriamente comprometido.¹¹⁷

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald, *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, p. 327.

A saúde pública possível deve ser construída a cada dia, com proporcionalidade e com a consciência de que o deferimento de determinada prestação a uma pessoa pode ter como custo a negativa de idêntico benefício a outro indivíduo, dada a escassez de recursos suficientes.