



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DEFINIÇÃO DO  
MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

Márcia Lindsay Cabral Gomes

Rio de Janeiro

2018

MÁRCIA LINDSAY CABRAL GOMES

A JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DEFINIÇÃO DO  
MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*  
*Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

# A JUDICIALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A DEFINIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

Márcia Lindsay Cabral Gomes

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.  
Advogada. Pós-graduada em Direito Privado  
pela Universidade Veiga de Almeida

**Resumo** - a pesquisa foi dedicada ao tema da judicialização da prestação do direito à saúde e a definição do mínimo existencial como critério legitimador do ativismo judicial, cujo objetivo geral buscou avaliar a prática do ativismo judicial, no contexto da democracia brasileira, e o objetivo específico, traçar critérios para definir o que vem a ser o mínimo existencial no direito à saúde. Adotada a metodologia hipotético-dedutiva. Como resultado da pesquisa, concluiu-se que consistindo o mínimo existencial no núcleo do direito constitucional à saúde, a sua satisfação implica no respeito à dignidade da pessoa humana, de índole principiológica e constitucional, logo não é admissível a imposição de quaisquer limites políticos à sua concretização, tendo em vista, ainda, o caráter de direito fundamental desse direito.

**Palavras-chave** - Judicialização. Saúde. Ativismo. Mínimo existencial. Dignidade da pessoa humana.

**Sumário** - Introdução. 1. A judicialização política e o ativismo judicial como resultado positivo ou negativo. 2. A eficácia positiva do direito constitucional à saúde e os entraves para a sua concretização. 3. O mínimo existencial como elemento de ponderação na jurisdicionalização das questões da saúde. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Pretende-se abordar, no presente artigo científico, as consequências do ativismo judicial, como solução proposta às questões judicializadas de mérito político, na área da saúde, no Brasil, considerando o regime político democrático, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A cada ano, cresce a quantidade de demandas relativas à prestação de saúde pública propostas perante o judiciário brasileiro, em busca de atendimento digno e eficiente, tendo em vista que a população se mostra cada vez mais doente. As soluções propostas pelo judiciário, por meio de medidas coercitivas, porém não parecem resultar em efeitos positivos e progressistas à comunidade.

É possível até dizer que a atuação judicial, longe de alcançar uma solução eficiente e duradoura, não consegue nada além de remediar as crises enfrentadas no setor. Há vozes, porém na doutrina que questionam até onde o seu ativismo não estaria agravando a crise da saúde, por se imiscuir em questões não afetas a sua atribuição jurisdicional constitucional.

Destaca-se, ainda, a intensa divergência da doutrina se a judicialização de políticas públicas não seria uma ameaça ao princípio constitucional da separação dos poderes e se os seus efeitos para a democracia do país não se caracterizariam como deletérios e nocivos.

Resta, então, o questionamento, se a despeito de todas as preocupações com os aspectos institucionais relacionados ao tema, não equivaleria a imposição da prestação da saúde pelo Poder Judiciário à realização da sua típica função estatal, qual seja, julgar. Não se duvida de que não é o judiciário quem bate às portas da população para oferecer ajuda, mas sim o próprio cidadão que recorre até ele, submetendo à sua tutela o bem da vida pretendido ou o direito de que se sente carente.

Partindo dessas premissas, a presente pesquisa se propõe a avaliar, no primeiro capítulo deste trabalho, com mais acuidade o papel do judiciário frente à judicialização do direito à saúde, considerando ser a sua prestação à coletividade atividade típica do Poder Executivo, a quem cabe implementar políticas sociais, por meio da gestão do orçamento público e da discricionariedade administrativa quanto à aplicação do orçamento.

Para tanto, será trabalhado nesse capítulo a conceituação e distinção entre os termos judicialização e ativismo e os seus reflexos no contexto social e político. Serão, ainda, expostas as críticas favoráveis e desfavoráveis ao ativismo judicial originado a partir da judicialização da saúde.

No segundo capítulo, será tratado o conceito de saúde, positivado no art. 196 da CRFB/88, a fim de compreender a extensão do compromisso assumido pelo Estado, na Constituição Federal da República do Brasil, no atendimento à saúde. Será verificada também a eficácia conferida a esse direito, numa visão constitucional, e os entraves que impedem a sua realização a um nível satisfatório.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão propostas soluções que possam superar os entraves analisados, no segundo capítulo, com destaque ao mínimo existencial, como um conceito de dignidade humanidade, que bem compreendido, pode direcionar soluções práticas e objetivas à crise no setor da saúde, bem como a legitimar o ativismo judicial, conferindo-lhe maior constitucionalidade.

Pretende-se, assim, legitimar soluções à efetividade do direito à saúde, a fim de que se cumpra os objetivos fundamentais determinados na Constituição da República Federativa do Brasil,

sem perder de vista o regime democrático brasileiro, nem a realização dos direitos e princípios fundamentais, dentre os quais, destaca-se o direito à igualdade.

Para tanto, foram utilizadas como fontes de pesquisa, para a realização do presente livros, periódicos artigos, extraídos da web, assim como site de internet para o uso de conceitos e outras informações acessórias.

A metodologia científica utilizada foi descritiva.

## 1. A JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO POSITIVO OU NEGATIVO

Embora distintos, os institutos da judicialização da política e ativismo judicial relacionam-se por serem complementares. Nas palavras de Lênio Streck<sup>1</sup>, é possível compreender o que é a judicialização da política, assim:

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in) adequado das instituições, dentro do esquadro institucional, traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. (...). Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento adequado das instituições.

Ao conceituar o ativismo judicial, o autor<sup>2</sup> torna evidente a sua rejeição pelo fenômeno, que julga nocivo à democracia, pois, segundo ele, “decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.

Roberto Basilton<sup>3</sup>, ao conceituar o ativismo judicial, qualifica-o como político, já que decorrente da intervenção judicial em questões de mérito político, assim sintetizando o seu conteúdo: "É uma atitude espontânea do magistrado que adota postura hermenêutica flexibilizante no sentido de interpretar as leis de modo a alargar as competências do judiciário e abarcar na decisão judicial matérias de mérito político."

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é ativismo?* Disponível em: <<<http://osconstitucionalistas.com.br>>> Acesso em: 19 set. 2018

<sup>2</sup> Ibidem, p. 02.

<sup>3</sup> LEITE, Roberto Basilton. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional*. Edição única. São Paulo: LTr, 2014, p. 180.

Dando ênfase à judicialização nas políticas públicas e sociais, dentre elas, aquelas relacionadas à saúde, Carlos Alexandre<sup>4</sup> caracteriza o ativismo judicial à prática moderna de cortes e juízes de avançarem nas tarefas de controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Lênio Strack<sup>5</sup>, então, esclarece a distinção entre os institutos:

O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço” seja para manter o status quo).

Segundo Roberto Basilone<sup>6</sup>, aqui no Brasil, são apontados como fatores favoráveis à judicialização da política a democracia, a separação dos poderes, a política de proteção aos direitos, a perda de eficácia das instituições majoritárias e da credibilidade das instituições políticas, dentre outras.

Ingo Sarlet<sup>7</sup>, aproximando mais a causa da judicialização ao tema afeto à implementação de políticas públicas, explana a problemática da falta de eficácia social dos direitos fundamentais, mesmo na atualidade, em que já se passou 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse contexto, justifica-se a razão porque gradualmente cresce a judicialização de demandas relacionadas à concretização do direito à saúde, que, por sua vez, exigem dos aplicadores do Direito, em especial, do Estado-Juiz uma ação mais arrojada sobre questões que envolvam alocação de recursos públicos e controle das ações e omissões da administração pública, na esfera dos direitos fundamentais sociais.

Com razão, portanto, Basilone<sup>8</sup> ao vislumbrar na política de proteção aos direitos um dos elementos fomentadores à intervenção judicial, a qual, nessas circunstâncias, tem em vista a concretização de direitos fundamentais, por meio da realização de uma justiça constitucional, na qual se busca a efetividade de direitos que, por sua própria natureza, gozam de aplicabilidade imediata, não obstante o seu flagrante desrespeito por parte das instâncias executiva e legislativa do Estado.

Nesse sentido, compreende-se a valiosa contribuição da judicialização política no processo de implementação e fortalecimento da democracia, que teve como marco consolidador a própria

---

<sup>4</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 170/171.

<sup>5</sup> STRECK, opus citatum, p. 01.

<sup>6</sup> LEITE, opus citatum, p. 68

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

<sup>8</sup> LEITE, opus citatum, p. 70.

Constituição Federal da República do Brasil de 1988, por meio da abertura de novos canais de participação dos cidadãos nas decisões políticas do país, tornando a sua prática bem-vinda em comunidades que adotam o sistema de regime democrático.

Ressalte-se que o ativismo judicial, como resposta ao processo de pluralização da participação política do cidadão, é julgado pela doutrina como positivo, haja vista a oportunidade que representa à participação democrática do povo que, por meio do poder judiciário, interfere na definição de políticas públicas.

Dworkin<sup>9</sup>, porém entende que o protagonismo judicial não integra a estrutura do sistema democrático, uma vez que os juízes brasileiros carecem de "legitimação democrática", já que não escolhidos pelo povo, mas por meio de provas escritas e orais ou indicação oligárquica por tribunais. Avalia, assim, negativamente a sua ocorrência como prática resultante da judicialização política, cujos danos estruturais consequentes ao sistema democrático não compensam.

Prossegue, destacando que a utilidade da intervenção judicial, em questões de mérito político, situa-se na preservação da democracia, a partir de uma base argumentativa, na qual se propicie o debate político, alicerçado em princípios jurídicos, que induzam o cidadão a expor suas ideias e influenciar na decisão política do Estado.

Todavia, o deslocamento desses debates da arena política para os gabinetes dos tribunais, a *contrario sensu*, não contribui para a democracia, mas apenas internaliza o debate político, enquadrando-o aos rigorosos limites e formalidades processuais, que resulta numa proposta conservadora, autoritária e antidemocrática.

Na avaliação de Ingo Sarlet<sup>10</sup>, esses debates vêm se tornando cada vez mais sofisticados, por parte da doutrina e da jurisprudência, no entanto, seguem em aberto e sem solução por falta de critérios seguros que garantam a construção de um processo decisório constitucionalmente adequado e condizente com a mais legítima expressão do justo.

Assim, não obstante sejam endereçadas críticas severas ao ativismo judicial por renomados autores jurídicos, há uma corrente na doutrina que sustenta e alimenta a sua prática, quando diante de políticas públicas destinadas à realização de direitos fundamentais sociais, cuja eficácia imediata não se discute, defendendo-se, nesses casos, a atuação do Poder Judiciário por força do princípio da inafastabilidade judicial, bem como do acesso à justiça para a proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>9</sup> DWORKIN apud LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional. 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ltr, 2014, p. 189.

<sup>10</sup> SARLET, opus citatum, p.14 .

## 2. A EFICÁCIA POSITIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E OS ENTRAVES PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO SOCIAL

Do ponto de vista da Constituição Federal, o art. 196 da CRFB/88<sup>11</sup> revela o conceito de saúde adotado pelo constituinte originário, que partiu da ideia da prevenção de doenças e da sua cura àqueles que padecem de certas enfermidades.

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

De acordo com Carlos Amorim<sup>12</sup>, na época da industrialização, relacionava-se a saúde à "ausência de doenças", em função dos operários que não poderiam ficar doentes, diante do risco de diminuir a produção industrial. A partir do século XX, rompe-se com a ideia de saúde meramente curativa, passando-se a agregar à saúde o conceito de prevenção, mudança que só foi possível, após o fim de 2ª Guerra Mundial, com o desenvolvimento do Estado Social.

Ante a escassez de recursos e o sofrimento das sociedades, tornou-se necessária a intervenção estatal na questão de saúde. Nesse mesmo contexto, nasceu a Organização das Nações Unidas e a sua Declaração Universal dos Direitos do Homem, que consagrou os direitos fundamentais e sociais do homem. A saúde torna-se, então, um direito de todos e não mais privativo da classe operária, visto que passa a ter a sua prestação livre de qualquer forma de discriminação.

Surge, então, a Organização Mundial da Saúde - OMS<sup>13</sup> que, em seu preâmbulo, traz o conceito de saúde, assim como os princípios e objetivos a serem perseguidos pelos Estados signatários: "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade".

A República Federativa do Brasil, como um dos Estados aderentes, passa a reconhecer a saúde de forma mais ampla, buscando não só a cura de doenças, mas também meios eficazes de prevenção de doenças, para o completo bem-estar humano.

---

<sup>11</sup>BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 16 Set. 2018.

<sup>12</sup> LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 22.

<sup>13</sup>BRASIL, *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 Out. 2018



Com efeito, além da sua extensão, extrai-se da constitucionalização da saúde a caracterização de um direito destinado a todos e de dever do Estado, que tem por atributos a universalização e a igualdade de acesso.

Consagrado como um direito constitucional, no art. 6º da CRFB/88, sob a rubrica de direitos sociais, o direito à saúde decorre do direito à vida, reconhecida esta como um bem supremo, e da proteção à dignidade humana.

A emancipação ao *status* constitucional deu-se, nos artigos 196 a 200 da CRFB/88, onde a saúde encontrou sua maior concretização a nível normativo-constitucional, como observa Ingo Sarlet<sup>14</sup>, tanto a nível de conteúdo estrutural, quanto material.

Diante da concepção de normatividade direta da Constituição, cabe indagar acerca da efetividade das suas normas, sendo a doutrina majoritária favorável a outorga máxima de eficácia e efetividade possível às normas de direitos sociais, dentre elas, às de saúde.

Sarlet fundamenta o mencionado entendimento na natureza de direito fundamental, reconhecido a todos os direitos sociais que, segundo o autor, justifica-se em razão da dupla fundamentalidade formal e material, dispensada a essa categoria de direitos, assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Os direitos sociais caracterizar-se-iam, portanto, em direitos fundamentais, em que pese estarem excluídos do rol do art. 5º da CRFB/88, sediados, no entanto, no Título II (dos direitos e garantias fundamentais), o que lhes confere fundamentalidade formal, ao lado da relevância e essencialidade de que são dotados, ratificando, então, a sua fundamentalidade material.

Na qualidade de direito social, a saúde é reconhecido como um direito indispensável ao pleno desenvolvimento do indivíduo, como pessoa e cidadão, não havendo condições de autodeterminação sem garantia e efetivação do direito fundamental social.

Não obstante seja expressamente admitida a sua importância, consiste a prestação da saúde no problema central enfrentado diariamente, em todos os cantos do Estado brasileiro, com reflexo direto no exercício da cidadania, haja vista que parcela significativa da população brasileira não tem acesso aos serviços de saúde pública .

Com frequência, atribui-se à dimensão econômica relevante das prestações dos direitos sociais pelo Estado o motivo principal para o entrave à regular e satisfatória entrega do direito à

---

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

saúde, já que vinculadas a real disponibilidade de recursos financeiros nos cofres públicos e se esta não seria uma barreira insuperável à realização dos direitos sociais.

Confrontado com o obstáculo suscitado pela administração pública, através da alegação da “reserva do possível”, que expõe em risco o direito fundamental à vida e à saúde de milhares de brasileiros, depara-se o julgador com o dever positivado no art. 5º, XXXV da CRFB/88, que lhe impõe a obrigação de apreciar a lesão ou ameaça de qualquer direito, tendo por espoco principal a observância às normas constitucionais.

Certo é que o notório descaso observado na área da saúde, deixa claro que o administrador, a despeito da discricionariedade que lhe é atribuída na gestão do orçamento, vem deixando de adotar as regras de direito e princípios determinadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, negligenciando as prescrições constitucionais, que não lhe permitem a escolha quanto ao investimento nas áreas dos direitos sociais, que é obrigatória.

Assim, as leis orçamentárias estabelecem limites mínimos de aplicação do orçamento público na área da saúde, educação, assistência social e dos demais direitos sociais, previstos no art. 6º da CRFB/88.

Ante a evidente negligência pública, o judiciário vem concedendo as prestações materiais no âmbito do Sistema único de Saúde – SUS, porém não sem os efeitos colaterais suportados por toda sociedade. Ricardo Seibele destaca o compromisso do direito à saúde com a realização da justiça social, haja vista a sua regulamentação no título reservado à Ordem social, que tem por objetivos a justiça social e o bem-estar social.

Ricardo Seibel<sup>15</sup> atenta para o valor do direito à saúde como um típico de direito social, destacando, assim, o seu caráter de direito de todos, cujo acesso deve ser universal e igualitário. A concessão indiscriminada, individual, irracional e sem critérios do direito à saúde, porém, exercida em detrimento da coletividade, contribui para a perpetuação da desigualdade no acesso, com prejuízo ao fortalecimento dos direitos

Surge, assim, a necessidade de encontrar um critério que atenda à efetividade do direito à saúde, sem colocar em risco o direito da sociedade, descoberta de um atendimento igualitário, que atenda às suas demandas, por culpa de uma minoria beneficiada com um acesso privilegiado e diferenciado pela judicialização da saúde.

---

<sup>15</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

### 3. QUAL É O PAPEL DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISDICIONALIZAÇÃO DAS QUESTÕES DA SAÚDE – ELEMENTO DE PONDERAÇÃO

Inicialmente, cumpre apresentar o conceito de mínimo existencial, aqui proposto como a solução que orientará a aplicação efetiva do direito constitucional à saúde.

Como menciona Ingo Sarlet<sup>16</sup> o mínimo existencial vem sendo indicado por alguns como o núcleo essencial dos direitos fundamentais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Na doutrina, destaca-se Ana Paula de Barcelos<sup>17</sup>, que magistralmente sustenta a prevalência do mínimo existencial, no âmbito dos direitos sociais, que, segundo a autora, não está sujeito à reserva do possível.

Em que pese não haver no ordenamento pátrio previsão constitucional expressa do direito ao mínimo existencial, Ingo Sarlet<sup>18</sup> defende que a sua existência decorre da proteção da vida e da dignidade humana, prescindido, portanto, de previsão constitucional. Expressa.

A Constituição da República Federativa do Brasil, porém, no elenco, no título dedicado à ordem econômica, os princípios e objetivos constitucionais, que têm por fim garantir uma existência digna de acordo com a justiça social.

Ao discorrer sobre o direito à saúde, a autora se refere à saúde básica, da qual diferencia daquela não básica, como sendo uma parcela da saúde que, apesar de igualmente necessária ao bem estar e a saúde do indivíduo, não está dentre as prioridades estabelecidas pela Constituição e que, por isso está excluída do mínimo existencial.

Nesse contexto, a saúde básica é aquela que decorre do texto constitucional e que se refere ao núcleo básico da dignidade humana, de onde se extrai o mínimo existencial, cuja eficácia positiva lhe torna oponível e exigível dos poderes públicos constituídos, obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações.

Nesse contexto, pode-se afirmar que ao Judiciário cabe não só o poder, mas também o dever de determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, como consequência da sua eficácia positiva.

---

<sup>16</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

<sup>17</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

Logo, não há dúvidas quanto à legítima expectativa na atuação positiva do Poder Judiciário na imposição da prestação do direito à saúde. As dificuldades que surgem sobre o tema são outras e que levam à reflexão sobre a atuação do juiz e como definir o mínimo existencial no direito à saúde.

Mais do que isso, a implementação dos direitos sociais visa concretizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na medida em que reduz as desigualdades sociais existentes, realizando, assim, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, eleito pelo legislador constituinte, como expresso no art. 3º da CR/88.

Em virtude da sua associação direta com o direito à vida, permitiu-se pensar nela como uma norma constitucional de eficácia plena, impositiva, portanto de cumprimento imediato pelo Estado.

Da auto-aplicabilidade das normas constitucionais relativas ao direito à saúde, decorre a sujeição da respectiva matéria à apreciação jurisdicional, em vista da sua força normativa.

Com efeito, sustenta-se que a eficácia positiva na área da saúde impõe um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante de quaisquer dos poderes constituídos, inclusive o Judiciário, por força e consequência da Constituição.

O conceito do mínimo existencial surgiu na Alemanha em 1953, em decisão proferida pelo tribunal alemão, na defesa e proteção dos direitos fundamentais, cujo ponto de partida foi o princípio da dignidade humana.

A partir do princípio da dignidade humana, resulta a compreensão do que vem a ser o mínimo existencial, que tem por fundamento a proteção a direitos essenciais a uma vida digna.

Avançando os estudos já propostos sobre o tema, Ana Paula de Barcelos, professora titular de Direito Constitucional da UERJ, na dissertação da sua tese de mestrado, enfrenta com objetividade o que vem a ser a saúde constitucionalizada Magna de 1988, estabelecendo critério objetivos que revelam com clareza o que vem a ser o mínimo existencial na área da saúde.

Reconhece a autora a delicadeza do tema, já que se tratando de saúde, não é possível impor graduações para se concluir por um nível mínimo de saúde. Para tanto, desenvolve o conceito de mínimo existencial afeto à saúde, partindo do conceito de isonomia e excluindo um tratamento tenha por fim atender ao maior número de pessoas, com base numa relação entre custo e benefício, já que nesse critério, a minoria estaria excluída, ainda que pudesse aparentar ser mais eficiente.

De fato, devem ser admitidos os limites do orçamento público, que se apresenta como uma realidade irrefutável, sem, no entanto, reconhecer esse limite orçamentário com um restritivo à realização do mínimo existencial.

Impõe-se, assim, a realização de escolhas trágicas, já que nem todas as prestações de saúde encontram-se disponíveis na rede pública, assim, é realmente trágico que o indivíduo necessite de

uma determinada prestação para o restabelecimento ou a manutenção da saúde, sem que tenha direito a ser exigido judicialmente.

Indispensável trazer à consciência quais as decisões dos poderes públicos, em matéria de prestação de direitos, que sempre envolverão uma escolha trágica, já que ela, sempre irá implicar numa escolha que priorizará determinada situação em detrimento de outras, seja no âmbito judiciário, executivo ou legislativo, realidade, que precisa ser encarada de forma clara.

Retoma-se, assim, o critério isonômico que parte do princípio de que se todos somos iguais, a dignidade é igual para todos, logo o mínimo existencial deve ser comum a cada indivíduo, sem exclusão de ninguém. Para tanto, impõe-se identificar quais prestações de saúde todos os indivíduos necessitam.

A autora, então, constrói um raciocínio, com base no critério da isonomia, e com fundamento no princípio da dignidade humana, que vai ao encontro com as prioridades estabelecidas pela própria Constituição da República Federativa do Brasil para a área da saúde, quais sejam: i) prestação do serviço de saneamento; ii) atendimento materno-infantil; iii) ações na medicina preventiva; iv) ações de prevenção epidemiológica.

Desta forma, assegura-se a todos quem tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigi-lo, caso não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público.

Coincidência ou não parece ter sido essa a escolha do Constituinte Originário que, no texto constitucional, estabelece quatro prioridades para a área de saúde, quais sejam: i) a prestação do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II e 200, IV da CRFB/88); ii) o atendimento materno-infantil (art. 227, 1º, I da CRFB/88); iii) as ações de medicina preventiva (art. 198, II da CRFB/88); iv) as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II CRFB/88).

Como conclusão lógica do disposto acima, todos poderão desfrutar de todas as prestações possíveis e necessárias para a prevenção e recomposição do seu estado de saúde.

## CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, foi possível conhecer melhor o grande dilema enfrentado pelo Judiciário, na judicialização das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde, na qual frequentemente se depara com demandas que trazem verdadeiros dramas pessoais vividos por indivíduos, que buscam prestações de saúde específicas, das quais dependem para salvar a sua vida.

Da atuação de juízes e tribunais, surgem decisões que extrapolam o mero reconhecimento do direito, quando este encontra assento especialmente constitucional, para efetivamente implementarem o direito, em si, no mundo real, adentrando, por conseguinte, na atuação política, em regra, destinada ao Poder Executivo .

Críticos surgem, então, em sentidos diversos, se não para defender, para apresentarem argumentos contrários ao ativismo, decorrente de tais decisões, cada qual examinando o tema sob uma ótica própria, a do Estado, ou a do cidadão, que há muito tempo carece de uma atenção estatal na concretização dos seus direitos sociais.

De todas as críticas de oposição, a que parece mais difícil de ser superada é a que traz argumentos orçamentários quanto à “reserva do possível”, uma vez que a falta de recursos materiais, seja financeiro ou pessoal, é uma questão fática contra a qual, a princípio, não há argumentos.

Todavia, o que foi possível, concluir a partir da discussão para aqui trazida é que quando se fala de normas constitucionais de eficácia jurídica positiva não há espaço para qualquer outro debate. Para tanto, importa reconhecer a natureza normativa da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, admitindo-se que a nossa Carta Magna não se restringe apenas a regulamentar a organização jurídico-administrativa e política do país, mas também em defender direitos individuais e coletivos fundamentais e promover direitos sociais, os quais visam realizar os princípios por ela próprios escolhidos como fundamento e objetivo da República, torna-se corolário reconhecer quais os valores que possuem supremacia absoluta ou mesmo se existe ou existem esses valores.

Reconhecida o seu valor, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana revela-se como um conceito a serviço da existência humana, que destaca o ser humano como prioridade. Não há dúvidas de que a razão de ser de qualquer organização política de um Estado é a existência de pessoas, senão para que serviria a organização de um país, que relações pretenderia o estado regulamentar? Por fim, todas as medidas políticas, econômicas e sociais do Estado têm por fim maior a existência do ser humano, logo seria uma verdadeira inversão de valores pretender-se colocar questões relacionadas ao Estado, como a separação dos poderes, acima das questões pessoais, relacionadas diretamente ao indivíduo.

Quando se fala em saúde essas questões denotam ainda mais relevância, na medida em que a saúde é corolário imediato da vida, sendo certo que não há vida sem saúde, já que a sua manutenção é condição à existência da vida.

Evidencia-se, portanto a relação direta entre o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo à toa que a Constituição da República Federativa do Brasil positivou o

direito à saúde e tratou de prever, em seus enunciados, condições e diretrizes mínimas para a sua realização por todos os poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário.

Compreende-se, porém que a questão orçamentária, longe de ser um impeditivo, deve ser examinada como um limitativo às possibilidades do Estado, ainda mais num país com as dimensões físicas, como o nosso e de notável carência em diversos aspectos. Logo se faz necessário trabalhar com a ideia de mínimo existencial, que melhor representa, em termos práticos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, tentou-se trabalhar com o conceito de saúde básica como premissa para a compreensão do mínimo existencial em tema de saúde. É fato que a saúde engloba diversas técnicas, cuja tecnologia a cada dia avança mais e torna-se mais cara também.

O Estado, por sua vez, não tem condições de prestar a saúde, em todas as suas formas e dentro de todas as possibilidades, aos indivíduos, com base nos critérios estabelecidos pela Carta Constitucional, quais sejam, a universalidade e igualdade. Torna-se, assim, imperioso e indispensável estabelecer em bases objetivas, do que se trata o mínimo existencial em direito à saúde.

Assim, pretendeu colaborar essa pesquisa com dados que vem trazer a reflexão sobre o tema, revelando de pronto que a saúde mínima a ser prestada é a saúde básica, a qual deverá ser eleita, a partir do critério da igualdade constitucional, como sendo aquela inerente às prestações a que todo ser humano necessita, em alguma fase da vida, seja no nascimento, na infância, adolescência, fase adulta ou na velhice.

Uma vez estabelecido esse mínimo existencial em matéria de saúde será facilitada a ação do Judiciário, como ator igualmente na implementação dos direitos fundamentais, em harmonia com a sua função jurisdicional, atribuída pela Constituição Federal.

Certo é que diante da eficácia jurídica positiva do mínimo existencial, na área da saúde, um conjunto de prestações de saúde torna-se exigível diante do Judiciário, ou de quaisquer dos poderes constituídos, os quais estão obrigados, por mandamento constitucional, a colocar à disposição das pessoas tais prestações.

## REFERÊNCIAS:

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 16 set. 2018.

\_\_\_\_\_, *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 out. 2018.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITE, Roberto Basillone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional*. 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Brasília: Jus Podvm, 2016.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In: Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é ativismo?* Disponível em <<<http://osconstitucionalistas.com.br>>> Acesso em: 19 set. 2018.